Lehrbuch

der

Pandecten

von

Dr. Ludwig Arndts,
ordentlichen Professor an der k. b. Ludwigs-Maximilians-Universität,
Ritter des k. b. Verdienstordens vom hl. Michael.

München.
Verlag der literarisch-artistischen Anstalt
der J. G. Cotta'schen Buchhandlung.
1852.

Dem

großen Rechtslehrer

Friedrich Carl von Savigny

zum

Andenken an dessen Jubeltag

den 31. October 1850

Ehrfurchtsvoll und dankbar

gewidmet.

Vorwort.

Die erste Abtheilung dieses Lehrbuchs erschien zu der Zeit, als die deutsche Rechtswissenschaft ihren schönsten Ehrentag feierte, Savigny's fünfzigjähriges Jubel-Fest. Nichts natürlicher als der Wunsch, dem Andenken dieses Tags das Buch zu widmen. Aber ein Bruchstück war dazu nicht geeignet. Daher habe ich vorerst nur bei Ueberreichung der ersten Abtheilung den verehrten Jubelgreis gebeten, das vollendete Werk demnächst ihm widmen zu dürfen. Diese Bitte wurde in freundlichster Weise gewährt, und so bin ich denn berechtigt, jetzt noch, fast zwei Jahre nach dem Feste, dieses Buch mit vorstehendem Blatte der Erinnerung zu zieren. Möchte es dieser Zierde würdig befunden werden! Möchte, wie jenes Blatt ausspricht, daß ich ein dankbarer, so das Buch selbst beweisen, daß ich kein unwürdiger Schüler des großen Lehrers bin!

Was die Entstehung des Buches betrifft, so wiederhole ich aus dem Vorworte, welches die erste Abtheilung begleitete: „Bei dem Reichthum unserer Literatur an Büchern dieser Art weiß ich zu meiner Rechtfertigung oder, wenn man will, Entschuldigung nichts anderes anzuführen, als daß ich schon lange den Wunsch hegte

und das Bedürfniß fühlte, meinen Zuhörern ein von mir selbst entworfenes Lehrbuch als Leitfaden bei meinen Vorlesungen in die Hand zu geben. Ich hatte daher schon vor dem Jahre 1844 den Anfang zu dessen Ausarbeitung gemacht, die aber zuerst wegen meiner Berufung zur Gesetzcommission (1844—1847), sodann in Folge der politischen Bewegungen (1848—49) liegen blieb, bis mich die Rückkehr zu friedlicher akademischer Thätigkeit dieselbe wieder aufzunehmen veranlaßte."

Man kann die Vortrefflichkeit z. B. der Pandecten von G. F. Puchta vollkommen anerkennen, wie ich gern bekenne, daß vorzüglich ihnen dieses Buch, wenn etwas Gutes an ihm ist, viel zu danken hat, und der Kundige wird es doch leicht erklärlich finden, wie sich ein Lehrer des Pandectenrechts, trotz wohlbegründeter Besorgniß, einen solchen Vorgänger nicht erreichen zu können, dennoch versucht finden kann mit einem Buche gleicher Art hervorzutreten, und wäre es auch zumeist deßhalb, weil ihm einzelne Eigenthümlichkeiten des Systems unbequem sind. Ich bin indessen während der in einzelnen Abtheilungen fortschreitenden Ausarbeitung so glücklich gewesen, mehrfach durch freundliches Urtheil bewährter Männer ermuntert zu werden; auch ein Studirender fand sich nach Erscheinen der ersten Abtheilung bewogen, mir in anonymem Briefe aus Heidelberg Dank und Beifall auszudrücken, was ich als ein mir besonders erfreuliches Zeichen, daß ich kein ganz überflüssiges Werk unternommen, und zugleich zur Antwort auf die

freundliche Zuschrift des mir unbekannten Jüngers der Rechtswissenschaft hier zu erwähnen mir nicht versagen mag.

Die Vollendung des Buches hat wider mein Erwarten einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren in Anspruch genommen, und die ganze dritte Abtheilung nebst einem Theil der zweiten habe ich, um nicht die der Verlagshandlung gegebene Zusage zu arg zu verletzen, unter schwerer häuslicher Sorge und Bedrängniß, zugleich von anderweitiger Berufsthätigkeit stark in Anspruch genommen, ausarbeiten müssen. Begreiflich hat dieß manche Mängel, die sonst vielleicht vermieden wären, insbesondere wohl einige Ungleichmäßigkeit in der Behandlung der einzelnen Lehren zur Folge gehabt, um so mehr, als, nach *einigem* Stillstand in der Zeit der politischen Aufregung, seit 1850 wieder die civilistische Literatur sehr ergiebige Bereicherung erhalten hat. So erschienen erst seitdem der erste Band von Savigny's Obligationenrecht, der erste Band der vermehrten sechsten Auflage von Vangerow's Leitfaden, die sorgfältig revidirte und vermehrte dritte Ausgabe von Seuffert's Pandectenrecht, Windscheid's Lehre von der Voraussetzung, Buchka's L. v. d. Stellvertretung, Girtanner's Bürgschaft, u. a. Werke, deren Bekanntschaft früher gemacht zu haben für mein Buch zuträglich gewesen wäre. Möge mir später Gelegenheit werden auf Beseitigung jener Mängel bedacht zu seyn!

Ich schreibe dieses in ländlicher Stille am Jahres-Tag des wilden Tobens einer politisch fanatisirten Menge,

das, auch mich auf der Rednerbühne der Paulskirche mit Gefahr bedrohend, einem blinden Wahne grausame Opfer brachte. Möge Weisheit und Kraft der Regierungen das Vaterland vor der Wiederkehr solcher Verwirrung und Barbarei bewahren und die Entwickelung seiner Zustände in der friedlichen Bahn des Rechts gedeihlich fortschreiten! Dann wird auch die Wissenschaft des Rechts ferner ihr Gedeihen finden, und darf ich hoffen, daß auch mir an deren Pflege einigen Antheil zu nehmen ferner vergönnt seyn werde.

Mühlfeld am Ammersee, d. 18. Sept. 1852.

Ludwig Arndts.

Inhaltsverzeichniß.

Zweites Buch.

Von den Rechten an Sachen.

Seite

Seite

Fünftes Buch.

Von der Erbschaft. §. 463.

Lehrbuch der Pandecten

von

Dr. Ludw. Arndts,
ord. Professor an der k. b. Ludwig-Maximilians-Universität.

Erste Abtheilung.

Das erste und zweite Buch enthaltend.

München.
Verlag der literarisch-artistischen Anstalt
der J. G. Cotta'schen Buchhandlung.
1850.

Vorwort.

Indem ich hiermit dem juristischen Publicum die erste Abtheilung eines Lehrbuchs der Pandecten übergebe, weiß ich, bei dem Reichthum unserer Litteratur an Büchern dieser Art, zu meiner Rechtfertigung oder, wenn man will, Entschuldigung nichts anderes anzuführen, als daß ich schon lange den Wunsch hegte und das Bedürfniß fühlte, meinen Zuhörern ein von mir selbst entworfenes Lehrbuch als Leitfaden bei meinen Vorlesungen in die Hand zu geben. Ich hatte daher schon vor dem Jahr 1844 den Anfang zu dessen Ausarbeitung gemacht, die aber zuerst wegen meiner Berufung zur Gesetzcommission, sodann in Folge der politischen Bewegungen liegen blieb, bis mich die Rückkehr zu friedlicher akademischer Thätigkeit dieselbe wieder

aufzunehmen veranlaßte. Das Ganze soll in einem Bande von 45—50 Bogen bestehen, und wird hoffentlich im nächsten Jahr vollendet seyn.

München, den 8 August 1850.

Der Verfasser.

Einleitung.

§. 1.

I. Begriff des Pandectenrechts.

Pandectenrecht nennen wir das römische Privatrecht mit Rücksicht auf seine Geltung als gemeines Recht in Deutschland.

Anmerkung: Pandectenrecht — gemeines Civilrecht — heutiges römisches Recht.

II. Quellen des Pandectenrechts.

A. Verschiedene Classen derselben.

§. 2.

1) Römisches Recht.

Das römische Recht ist in derjenigen Gestalt, welche ihm durch die gesetzgeberische Thätigkeit des Kaisers Justinian I., in den Jahren 527 bis 565 nach Chr., gegeben, und in welcher dasselbe nach der Eroberung Italiens auch dort durch denselben eingeführt wurde, in Deutschland, wie in andern Ländern Europa's, als gemeines Recht recipirt worden, jedoch nur so weit es von den ältern Lehrern der Rechtsschule zu Bologna (Glossatoren) als gültig betrachtet und behandelt worden ist.

Anmerkungen: 1) Die Bestandtheile der Justinianischen Rechtsquellen (Corpus iuris civilis) sind 1) die Institutionen, in vier Büchern, publicirt den 21. Nov. 533, mit Gesetzeskraft vom 30. Dec. 533. 2) die Pandecten (Pandectae oder Digesta), in fünfzig Büchern, publ. den 16. Dec. 533, ebenfalls mit Gesetzeskraft vom 30. Decbr. 3) der Codex constitutionum Justinianeus (codex repetitae praelectionis, im Gegensatz gegen den ältern Codex vom Jahr 528), in zwölf

Büchern, publ. den 16. Nov. 534., mit Gesetzeskraft vom 29. Dec. 534. 4) die Novellen (novellae constitutiones), einzeln erlassen von 535—565. Die reichhaltigste (nicht officielle, den Glossatoren noch unbekannte) Sammlung besteht aus 168 Nummern, enthält jedoch in der That nur 153 verschiedene Novellen Justinians, indem die Novellen 140. 144. 148. 149. 161. 163. 164. von Justinians Nachfolgern, Justin II. und Tiber II., herrühren, N. 165—168 nur formae praefectorum, und Nov. 32. und 34., 41. und 50., 75. und 104., 143. und 150 nicht verschiedene Constitutionen sind. — Außerdem sind uns noch 13 Edicte von Justinian in einer Sammlung und einige andere einzelne Constitutionen erhalten.

2) Ueber die Schicksale der Justinianischen Rechtsquellen im Mittelalter und insbesondere den Einfluß der Glossatoren auf dieselben vergl. vorzüglich F. K. von Savigny Gesch. des röm. Rts. im Mittelalter. 6 Bde. Heidelb. 1815—1831, 2. Ausg. Bd. 1—3. 1834; über die Novellen insbesondere F. A. Biener Gesch. der Novellen Justinians. Berlin 1824.

3) Ueber die Regel: quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia, vgl. im Allgemeinen Savigny System des R. R. Bd. I. S. 66—76. Osenbrüggen in Linde's Ztschr. für Civilrt. u. Proc. XV. 9.— Nicht glossirt sind 1) in den Pandecten L. 7. §. 5. L. 8—11. D. de bon. damnat. 48. 20., L. 10—19. D. de interd. et releg. 48. 22. 2) im Coder eine beträchtliche Anzahl von ursprünglich griechischen, daher in den abendländischen Handschriften vernachlässigten und erst seit dem 16. Jahrh. aus Handschriften des Coder oder andern Quellen restituirten Constitutionen (leges restitutae), worüber zu vgl. K. Witte die leges restitutae des Just. Coder. Breslau 1830. F. A. Biener und C. G. Heimbach Beitr. zur Revision des just. Coder in Savigny's Ztschr. für geschichtl. Rtsw. Bd. VII. u. VIII., auch besonders gedruckt, Berl. 1833. Ein Verzeichniß davon gibt auch Böcking Institutionen Bd. I. S. 71. 72. 3) von den Novellen, nach der Sammlung von 168 Nummern, N. 11. 13. 21. 24—52. 35—37. 122. 126. 129. 130. 133. 135—142. 144—158. 160—168, zusammen 72, während 96 glossirt sind. Vgl. Biener a. a. O. Anh. II.

4) Im Coder sind durch die Glossatoren auch 13 Constitutionen der Kaiser Friedrich I. und II. an geeigneten Orten eingeschaltet, welche gleich andern aus Justinianischen Novellen entlehnten Einschiebseln Authenticae genannt werden und mit dem Coder recipirt sind. Sie sind die Auth. *sacramenta puberum* nach L. 1. Cod. si adv. vend. 2. 28, u. auth. *habita* nach L. 5. Cod. ne filius pro patre. 4. 13. von Friedrich I., dann die auth. *Cassa* nach L. 12. Cod. de sacrosanct. eccles. 1. 2. auth. *item nulla*, *item quaecunque*, *statuimus*, in tit. Cod. de episcop. 1. 3., *statuimus hoc* nach L. 19. Cod. de episcop. aud. 1. 4., *si vero dominus*, *credentes*, *gazaros* nach L. 4. u. 19. Cod. de haeret. 1. 5., *navigia* nach L. 18. Cod. de furt. 6. 2., *omnes peregrini* nach L. 10. Cod.

commun. de succ. 6. 59., und auth. *agricultores* nach L. 8. Cod. quae res pign. 8. 17. von Friedrich II.

5) Ueber die Ausgaben des Corpus iuris civilis, glossirte und unglossirte, vgl. E. Spangenberg, Einl. in das Römisch-Justin. Rechtsbuch. Hannover 1817. — J. L. G. Beck, indicis codicum et editionum iur. Just. prodromus. Lipsiae 1823. — Prodromus corp. iur. civ. a Schradero, Clossio, Tafelio edendi. Berol. 1823. — Neuere Ausgaben sind: 1) Corp. iur. civ. edid. J. L. G. Beck Lips. 1825—36. 8. 5 Bde., auch stereotyp in 1 oder 2 Bdn. 4. 2) Corp. iur. civ., recognoverunt Alb. et Maur. fratres Krigelii, Aemil. Herrmann, Ed. Osenbrüggen. Lips. 1843. (Der erste Theil, Inst. und Pand. enthaltend, schon 1833 vollendet.) 3) Corp. iur. civ. recensuit, perpetuo commentario instruxit Ed. Schrader. tom. I. (institut.) Berol. 1832.

6) Unsere Art einzelne Stellen zu allegiren, erklärt sich durch folgende Beispiele: a) aus den Institutionen: pr. §. 6. J. de legatis 2. 20. b) aus den Pandecten: L. 1. pr. §. 14. D. ad legem Falcidiam. 35. 2. L. 60. D. de legatis I. (30), II. (31), III. (32). c) aus dem Codex: L. 1. pr. §. 6. Cod. de caducis tollendis. 6. 51. d) aus den Novellen: nov. 89. cap. 12. pr. §. 4.

§. 3.

2) Canonisches Recht.

Das Canonische Recht ist als gemeines Recht, nicht bloß für kirchliche Verhältnisse, recipirt worden, so wie es in verschiedenen im Mittelalter entstandenen Sammlungen enthalten ist, die zusammen das sog. corpus iuris canonici (clausum) bilden. Für das Pandectenrecht ist das Canonische Recht nur von untergeordneter Bedeutung, als weitere Entwickiung des römischen Rechts.

Anmerkungen: 1) Die Bestandtheile des corpus iur. canon. sind 1) das Decretum (Gratiani), das Werk eines Mönchs in Bologna (1141—1145.), welches durch den Gebrauch Gesetzesansehen erhalten hat, jedoch nur für die aufgenommenen Beweisstellen (canones, capitula), nicht für die eigenen Sätze des Verfassers (dicta Gratiani). Es besteht aus drei Theilen. Der erste zerfällt in 101 Distinctionen; man citirt daraus z. B. cap. oder can. 1. 2. Dist. 10. Der zweite enthält 36 causae, deren jede in verschiedenen Quästionen abgehandelt wird; man citirt z. B. cap. 1. C. 12. qu. 1. Die qu. 3. der causa 33 aber enthält einen besondern Tractat de poenitentia, der wieder in 7 Distinctionen zerfällt, cit. z. B. cap. 6. D. 3. de poenit. Der dritte Theil endlich zerfällt wieder in 5 Dist., und wird nach der Ueberschrift des ersten Abschnittes: de consecratione genannt. 2) Decretales Gregorii IX., publicirt 1234, in 5 Büchern, diese in Titel abgetheilt, in wel-

chen die betreffenden päpstlichen Verfügungen zusammengestellt sind. Man allegirt daraus z. B. cap. 6. X. de probat. 2. 19. (X. d. i. extra, sc. extra decretum Gratiani vagantes decretales.) 3) Liber sextus decretalium, so genannt als Zugabe zu den fünf Büchern der Gregorischen Sammlung, selbst aber auch wieder in fünf Bücher und Titel eingetheilt, publicirt von Bonifacius VIII. 1298. Man citirt daraus z. B. cap. 1. de praescript. in 6to 2. 13. 4) Clementinae, sc. constitutiones in concilio Viennensi (1311) editae, von Clemens V., publicirt 1313, den Universitäten Bologna und Paris zugesandt 1317, ebenfalls in 5 Büchern, woraus man allegirt z. B. Clem. 1. de appellat. 2. 12. — Die spätern Extravagantensammlungen (extravag. Joh. XXII. und extrav. communes) kommen hier nicht in Betracht.

2) Die besten Ausgaben des Corpus iuris canonici sind a) Corpus iuris Canonici Gregorii XIII. pont. max. post emendationem absolutam editum, rec. J. H. Böhmer. Hal. 1747. 2 voll. 4. b) Corp. iur. can. emend. etc. Post J. H. Böhmeri curas brevi annotatione critica instructum ad exemplar Romanum denuo edidit Aem. Lud. Richter. Lips. 1833. 2. voll. 4.

§. 4.

3) Einheimisch deutsches Recht.

Das durch die recipirten fremden Rechte uns überkommene Privatrecht ist in manchen Stücken durch gemeines einheimisch deutsches Recht modificirt worden. Dieses aber ist theils in deutschen Reichs- und Bundes-Gesetzen enthalten, theils besteht es als Gewohnheitsrecht oder wissenschaftliches Recht.

Anmerkungen: 1) Die Reichsgesetze sind theils in Reichsabschieden enthalten — Reichstags-Abschiede (RA.), der jüngste von 1654 (JRA.); Reichsdeputations-Abschiede (RDA.) — theils als Reichsordnungen besonders genannt z. B. Reichspolizeiordnung von 1532, 1577, (RPO.), Notariatsordnung (NO.) von 1512, Peinliche Gerichtsordnung (PGO.) von 1532, Kammergerichtsordnung (KGO.) von 1555, — theils als einzelne Reichsbeschlüsse erlassen. Vgl. darüber: Sammlung der deutschen Reichsabschiede sammt den wichtigsten Reichsschlüssen. Frankfurt 1747. 4 Bde. Fol. C. F. Gerstlacher Handb. der d. Reichsgesetze in system. Ordnung. 11 Thle. Stuttgart 1786—1794 (der 10. Thl. betrifft das Privatrecht). G. Emminghaus Corpus Juris Germanici academicum. 2 Thle. Jena 1824.

2) Zu den Bundesgesetzen gehört vor allem als Grundgesetz die deutsche Bundes-Acte vom 10. Juni 1815. — Bundesbeschlüsse. — Die in Folge der Bewegung des Jahres 1848 von der deutschen Nationalversammlung beschlossenen und durch den deutschen Reichsverweser publicirten Gesetze (Reichsgesetze), namentlich die Grundrechte des deutschen

Volks, deutsche Wechselordnung u. a. (vgl. das Reichsgesetzblatt) haben zur Zeit (Anfang 1850) noch keine gemeinrechtliche Gültigkeit in Deutschland erlangt.

3) Ueber das Gewohnheitsrecht vgl. vorzüglich G. F. Puchta das Gewohnheitsrecht. 2 Thle. Erlangen 1828, 1837. Savigny System des R. R. Bd. I. S. 34—38. 45—49. 76—100. 144—197. — Erkenntnißmittel des gemeinen Gewohnheitsrechts sind theils Urkunden über Rechtsanwendung (Rechts-Gutachten, Urtheile), theils auch die wissenschaftlichen Arbeiten über das Recht. (Vgl. Puchta Lehrb. der Pand. §. 15. 17. und unten §. 19. Anm. 5). Ueber die Rechtsquellen überhaupt vgl. noch Blume Encyklopädie der in Deutschland geltenden Rechte. Bonn 1847.

B. Gebrauch der Quellen.

§. 5.

Die Wissenschaft hat die Aufgabe, aus dem Gesammtinhalt der angegebenen Quellen das System des gemeinen Civilrechts zu gewinnen. Zu diesem Zwecke ist erforderlich 1) eine richtige Auffassung der in demselben enthaltenen einzelnen Rechtssätze, 2) die Ausscheidung des im heutigen Recht nicht mehr Gültigen, 3) die Verbindung der gefundenen noch geltenden Rechtssätze zu einem einigen Ganzen.

1) Von der Auslegung des Inhalts der Rechtsquellen im Einzelnen.

§. 6.

Die Kenntniß der einzelnen Rechtssätze, welche den Inhalt des gemeinen Civilrechts bilden, müssen wir bei weitem größtentheils aus geschriebenen Quellen schöpfen. Die Thätigkeit, welche auf Ermittelung des Sinnes derselben gerichtet ist, nennen wir Interpretation, Auslegung, und zwar doctrinelle Interpretation, insofern sie nur nach Regeln der Wissenschaft zu Werke geht und kein anderes Ansehen als das ihrer innern Wahrheit in Anspruch nimmt.

Anmerkungen: 1) Die authentische und usuelle Interpretation von Gesetzen, die man auch wohl beide unter dem Begriff der Legalinterpretation zusammenfaßt, sind als solche nicht bloß Interpretation, sondern zugleich Gesetz oder Gewohnheitsrecht. L. 12. §. 1. Cod. de legib. 1. 14. L. 37. 38. D. de legib. 1. 3.

2) Von Interpretation kann nicht bloß bei Gesetzen die Rede seyn,

sondern auch bei andern Erkenntnißquellen des Rechts, welche nur Zeugniß von bestehendem Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht geben.

3) Der Interpretation bedarf man nicht nur zur Erkenntniß des Rechts im objektiven Sinne, sondern auch zur Beurtheilung einzelner Rechtsverhältnisse, sofern diese durch Willenserklärungen oder obrigkeitliche Entscheidungen bestimmt werden. Hier ist aber nur in der ersten Beziehung die Rede davon.

4) Den Inbegriff der Regeln über Auslegung nennt man juristische Hermeneutik. Vgl. C. H. Eckhardi hermeneutica iuris. Lips. 1750, rec. Walchius. 1779. K. S. Zachariä Versuch einer allg. Hermeneutik des Rechts. Meißen 1808. W. F. Clossius Hermeneutik des R. R. im Grundrisse. Leipz. 1831. Vorzügl. s. Savigny System Bd. I. S. 206—262.

§. 7.

Die Aufgabe der Interpretation einzelner Gesetze — und was von Gesetzen gilt, kann analog auch auf andere geschriebene Rechtssätze angewendet werden — ist die, den wahren und ganzen Gehalt der gesetzlichen Bestimmung zum Bewußtseyn zu bringen. Zu diesem Zweck muß man natürlich vor Allem den Sinn erforschen nach den Regeln der Grammatik und des Sprachgebrauches (grammatische Auslegung).[1] Nun kann aber das Gesetz wegen Mangels völliger Bestimmtheit des Ausdrucks, bloß grammatisch betrachtet, einer verschiedenen Deutung empfänglich seyn, z. B. wegen Mehrdeutigkeit einzelner Worte oder wegen Ungenauigkeit der Construction.[2] Ja, es kann der Ausdruck sogar unrichtig seyn, so daß der grammatische, wenn gleich bestimmte Sinn der wahren Willensmeinung des Urhebers nicht ganz entspricht.[3] Auch in solchen Fällen muß die Auslegung ein bestimmtes Resultat und die Erkenntniß der wahren Absicht des Urhebers zu erzielen suchen[4] (sog. logische Auslegung).[5] In Fällen der letzten Art kann sich dann ergeben, bald, daß der Ausdruck enger, bald, daß er weiter ist, als es der wahren Meinung des Gesetzurhebers entspricht (ausdehnende, oder einschränkende Auslegung). Anhaltpunkte der Auslegung aber gewähren hier theils der Zusammenhang des Gesetzes in sich und mit andern[6], theils der erkennbare Grund des Gesetzes (ratio legis), unter Umständen auch wohl, wenigstens mittelbar, die äußere Veranlassung desselben (occasio legis), und die hiernach zu beurtheilende innere Angemessenheit der einen oder andern Deutung.[7] Regelmäßig muß man

jedoch von der Voraussetzung ausgehen, daß der Gesetzgeber mit guter Ueberlegung den seiner Absicht entsprechenden Ausdruck gewählt und nichts ohne Bedeutung gesagt habe. [8])

Anmerkungen: 1) Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. L. 25. §. 1. D. de legat. III.

2) L. 5. Cod. in quib. caus. i. i. r. n. n. e. 2. 41: „in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem *temporales praescriptiones* concesserant, eas ipso iure non currere.“ L. 30. Cod. de iure dot. 5. 13. „In rebus dotalibus, *si tamen extant,* vindicandis mulierem habere praerogativam.“ L. 25. D. de lib. legata. 34. 3. Sed poterit hoc dici etc.?

3) L. 13. §. 2. D. de excusat. 27. 1. „Etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult.“

4) L. 17. D. de legib. 1. 3. Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. cf. L. 6. §. 1. D. de V. S. 50. 16.

5) A. F. J. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des R. R. Altona 1799. 1806.

6) L. 24. D. de legib. 1. 3. Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua eius particula proposita iudicare vel respondere. L. 26—28. ibid. Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. — Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint.

7) L. 19. D. de legib. 1. 3. In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim quum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit. — L. 18. ibid. Benignius leges interpretandae sunt, ut voluntas earum conservetur. — L. 25. ibid. Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. — L. 19. D. ad exhib. 10. 4. Non oportet ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere.

8) Daher das sog. argumentum a contrario. — L. 22. D. de legib. Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat. — Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. cf. L. 18. D. de testib. 22. 5. — Dagegen: Unius positio non est alterius exclusio.

§. 8.

Die Quellen des gemeinen Civilrechts, insbesondere des Justinianischen Rechts, bestehen ihrem Inhalte nach zum kleinsten Theile aus eigentlichen Gesetzen. Die Institutionen sind eigentlich ein Lehrbuch, worin absichtlich manches nur historisch bedeutende aufgenommen ist; die Digesten bestehen aus Bruchstücken wissenschaftlicher Werke einer frühern Zeit und der verschiedensten Art; ein sehr großer Theil des Codex besteht aus

kaiserlichen Rescripten aus verschiedener Zeit, welche regelmäßig keinen andern Zweck hatten, als den, für einzelne Fälle nach dem bestehenden Rechte die Entscheidung anzugeben. Gleichwohl ist allen darin anerkannten Rechtssätzen von Justinian die Kraft von Gesetzen beigelegt und jedes einzelne Rechtsbuch gewissermaßen als ein großes Gesetz publicirt worden. Diese Rechtssätze sind aber häufig nur durch Abstraction aus der Entscheidung einzelner Fälle abzuleiten, und dabei ist denn insbesondere nur sehr vorsichtig von dem argumentum a contrario Gebrauch zu machen. Bei der Auslegung einzelner Stellen kann man unterscheiden den Sinn, welchen sie ursprünglich hatten, und welchen sie als Bestandtheile des Justinianischen Rechts haben (Interpolationen, emblemata Triboniani; — duplex interpretatio). Dabei aber ist zu beachten der ursprüngliche Verfasser und die Zeit derselben; ihre Stellung in der Compilation und ihr Verhältniß zu andern Stellen derselben.

Anmerkung: Ueber die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln vgl. Bluhme (jetzt Blume) in der Ztschr. für geschichtliche Rtsw. Bd. IV. S. 257. fgg., insbesondere S. 290. fg. 366. 413. fg. Reimarus über die Inscriptionenreihen der Pandectenfragmente. Göttingen 1830. Eyssenhardt Justinians Digesten. Leipzig 1845.

§. 9.

Voraussetzung aller Auslegung ist ein auszulegender Text. Die auf Feststellung des wahren Textes gerichtete Thätigkeit aber heißt Kritik. Sie ist entweder niedere (diplomatische) oder höhere Kritik. Die letzte sucht, unter Benutzung des äußern Materials, welches die erste sichtet, nach innern Gründen den richtigen Text zu ermitteln, und kann dabei nicht bloß wählen unter verschiedenen beglaubigten Lesarten, sondern auch wohl ohne äußere Beglaubigung verbessernd den Text bilden (Conjecturalkritik).

Anmerkungen: 1) Ueber die Zulässigkeit der Kritik bei der Auslegung der Justinianischen Rechtsquellen vgl. Savigny System Bd. I. S. 240—252.

2) Ueber die Geschichte der Textesrecensionen, insbesondere über das Verhältniß des Bolognesischen Textes der Digesten (Vulgata) und der Florentinischen Handschrift derselben (lectio Vulgata, Florentina (Pisana) — Haloandrina) vgl. Savigny Gesch. des R. R. im MA. Bd. III. S. 424. fgg.

3) Einzelne bei der Kritik zu beachtende Punkte sind namentlich: 1) der Mangel der Interpunction in den Handschriften, z. B. L. 44. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 25. D. de lib. leg. 34. 3. 2) Geminationen, z. B. L. 208. D. de V. S. „*singulares (res)*“; L. 24. pr. D. de minor. 4. 4. „*facerecusaverit*“. 3) Versetzung einzelner Worte, Sylben oder Buchstaben, z. B. *pars hodie* statt *rhapsodiae*, in L. 52. §. 2. D. de legat. III. (32). 4) Unrichtige Auflösung von Siglen, z. B. *fideicommissi causa* in L. 8. pr. D. qui et a quib. 40. 9., vielleicht *fraudandorum creditorum causa* (f. c. c.). L. 31. pr. D. de usucap. 41. 3. *errorem*, wahrscheinlich *errorē m.*, d. i. *errorem modo*. Ulp. frag. VI. §. 6. *r. u.* d. i. *rei vxoriae*, nicht *revera*. Vgl. Huschke kleine krit. Vers. in Linde's Ztschr. N. F. II. 6. IV. 9. V. 2.

4) In Betreff der Benutzung des griechischen Textes Justinianischer Rechtsquellen, insbesondere über das Verhältniß des griechischen Novellentextes zu der von den Glossatoren als authentischer Text behandelten Uebersetzung (authenticum, versio vulgata) vgl. Savigny System I. S 67. Osenbrüggen über die praktische Autorität des griechischen Textes und der versio vulgata der Novellen, in der Ztschr. für Civilrt. und Proc. Bd. XVII. S. 382—412. Neue kritische Ausg. des Authenticum von Heimbach. Leipz. 1846. fgg.

2) Auslegung der Quellen im Ganzen.

§. 10.

In dem Umfange der gesammten Quellen finden sich häufig einander widerstreitende Bestimmungen. Es fragt sich, wornach ist in solchem Falle zu entscheiden? [1]) In dieser Beziehung kommt vorzüglich die Regel in Betracht, daß das neuere Recht dem ältern vorgehe — lex posterior (ius posterius) derogat priori — wobei jedoch zu beachten ist, daß die Aufhebung einer ältern Regel nicht nothwendig auch die Aufhebung eines neben derselben bestandenen Ausnahmesatzes mit sich bringt. — Lex posterior generalis non derogat priori speciali. [2])

Anmerkungen: 1) Vgl. Savigny a. a. O. S. 262—296.
2) Vgl. A. F. J. Thibaut civilist. Abhandl. Heidelb. 1814. Abh. VII.

§. 11.

Nach obiger Regel hat vorerst die heutige fest stehende Praxis den Vorzug vor allen übrigen Quellen des gemeinen Civilrechts. Demnächst folgen die Reichsgesetze. Dann hat auch das canonische Recht, obwohl es in Deutschland gleichzeitig mit dem römischen Rechte recipirt worden ist, als neueres

Recht doch regelmäßig den Vorzug vor diesem, sofern nicht in einzelnen Punkten ein abweichender Gerichtsgebrauch erweislich vorliegt.

§. 12.

Auch das Verhältniß der verschiedenen Bestandtheile der einzelnen Hauptclassen unserer Quellen (§. 2—4) läßt sich großentheils nach derselben Regel bestimmen. Die jüngeren Reichsgesetze haben vor älteren den Vorzug, die spätern Sammlungen canonischen Rechtes vor den frühern. Deßgleichen auch gehen die Novellen Justinians allen übrigen Bestandtheilen des Justinianischen Rechts, und die jüngern den ältern Novellen vor. Dagegen kann über das Verhältniß der Institutionen, Pandecten und des Codex zu einander jene Regel nicht schlechthin entscheiden, da diese Rechtsbücher, obwohl nicht völlig gleichzeitig publicirt, von Justinian doch als Ein zusammenhängendes Ganzes, worin sich unvereinbare Widersprüche nicht finden sollten, gedacht und mit gesetzlicher Kraft versehen worden sind.

Anmerkung: 1) Const. *Dedit* oder *Tanta* §. 23. Leges autem nostras, quae in his codicibus, i. e. Institutionum et Digestorum posuimus, suum obtinere robur ex tertio nostro felicissimo consulatu praesentis duodecimae indictionis, tertio Calendas Januarias (d. i. 30. Dec. 533).

2) Const. *Cordi.* §. 4. . . . Iussimus eum (codicem repetitae praelectionis) in omnibus iudiciis solum, quantum ad divales constitutiones pertinet, frequentari ex die quarto Calendas Januarii, quarti nostri felicissimi consulatus (d. i. 29. Dec. 534).

§. 13.

Finden sich nun gleichwohl Widersprüche in den drei Justinianischen Rechtsbüchern, so muß vor Allem eine Vereinigung der widersprechenden Stellen versucht werden, und zwar ist man dabei selbst zu etwas künstlichem Verfahren im Nothfall berechtigt. [1]) Die Vereinigung aber kann theils nach systematischen, theils nach historischen Gesichtspunkten erzielt werden: das eine, indem man die eine Stelle nur als die andre näher bestimmend oder beschränkend auffaßt; das andre, indem man nachweiset, daß die eine Stelle wirklich den wahren bleibenden Gedanken der Gesetzgebung ausspreche, die andre nur historisch bedeutendes Material enthalte. [2]) Wenn aber eine Vereinigung der wider-

streitenden Stellen nicht zu erreichen ist (Antinomie), so bleibt nichts übrig, als diejenige Entscheidung anzunehmen, zu welcher, wenn keine der widerstreitenden Stellen vorläge, die Consequenz der anerkannten Grundsätze von selbst hinführen würde.

Anmerkungen: 1) Const. *Tanta* §. 15. Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, *si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet;* sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.

2) Const. *Deo auctore* §. 10. Sed et si quae leges in veteribus libris positae jam in desuetudinem abierunt, nullo modo vobis easdem ponere permittimus. — Const. *summa* §. 1. . . . tollendis contrariis constitutionibus, quae posteriore promulgatione vacuatae sunt. — Prooem. instit. §. 3. . . . tam aures quam animae vestrae nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant. cf. §, 5. In quibus breviter expositum est et quod antea obtinebat et quod postea desuetudine inumbratum imperiali remedio illuminatum est. — Vgl. auch nov. 89. cap. 7.

§. 14.

Finden wir den Inhalt der gegebenen Rechtsquellen nicht ausreichend zur Entscheidung einer sich ergebenden Rechtsfrage, so müssen wir diese Lücke durch Analogie auszufüllen und jene Frage sonach im Geiste des bestehenden Rechts zu beantworten suchen.

§. 15.

Als Hülfsmittel zum bessern Verständniß der Justinianischen Rechtsquellen können einerseits die Ueberbleibsel des ältern römischen Rechts, [1]) andererseits die spätern, namentlich die griechischen, Bearbeitungen des Justinianischen Rechts [2]) dienen.

Anmerkungen: 1) Die vollständigste Sammlung davon gibt das seit 1833 in Bonn erscheinende Corpus iuris romani anteiustiniani. Am wichtigsten sind für die Interpretation des Justinianischen Rechts die erhaltenen Schriften von Gajus, Ulpian, Paulus; die Fragmenta Vaticana und die Collatio leg. Mos. et Rom.; dann der Theodosische Codex mit den spätern Novellen.

2) Es gehören dahin vorzüglich die Paraphrase der Institutionen von Theophilus (Ausgabe von Reitz, im Haag 1751. 2 Bde. 4.), die Basiliken (neue Ausg. von Heimbach, in 5 Bdn., Leipzig 1833—1850. 4.), das Prochiron von Basilius, Constantin und Leo (Ausgabe von Zachariä, Heidelb. 1837. 8.) und das Prochiron des Harmenopulus

(Ausgabe von Reitz in Meerman's Thesaurus iur. civ. vol. VII.). — Juliani epitome novellarum.

III. Litteratur des Pandectenrechts.

§. 16.

Seit dem Aufblühen der neuern Jurisprudenz auf der Rechtsschule zu Bologna ging man in der Bearbeitung des Rechts zunächst exegetisch zu Werke. Die Glossen der Rechtslehrer daselbst, und so auch die, vorzugsweise Glosse genannte, Zusammenstellung derselben von Accursius, bilden eine fortlaufende Exegese des Corpus Juris. 1) Und noch bis ins 16. Jahrhundert war diese exegetische Methode vorherrschend, in welcher Zeit vorzüglich die Leistungen der französischen Juristenschule hervorragen. 2)

Anmerkungen: 1) Ueber die Glosse des Accursius vgl. Savigny Gesch. des R. R. Bd. 5. S. 237 fgg. — Ueber die Controversen der Glossatoren: Dissensiones Dominorum, edid. et illustr. G. Haenel. Lipsiae 1834.

2) Vorzüglich hervorzuheben sind die Werke des Jakob Cujas († 1590). — Jacobi Cuiacii opera omnia cura C. A. Fabroti. Paris 1658. 10 voll. fol., studio L. Ranii, Neap. 1722. 11 voll. fol. — Dazu Dominici Albanensis promptuarium univ. opp. Jac. Cuiacii. Neap. 1763. Mutin. 1765. 2 voll. fol.

3) Als exegetische Commentatoren Justinianischer Rechtsquellen sind außerdem unter Andern zu nennen a) für die Institutionen: Balduin († 1573), Hotmann († 1590), Giphanius († 1604), Janus a Costa († 1637), Bachofen von Echt († 1635), Vinnius († 1657), neuerdings Schrader in seiner Ausgabe (§. 2. Anm. 6. a. E.). b) für die Digesten oder einzelnen Theile derselben Odofredus († 1265), Alciat († 1550), Duaren († 1559), Donellus († 1624), Brunnemann († 1670). c) für den Codex: Azo († 1230), Odofredus, Donellus, Giphanius, Wissenbach († 1665), Perez († 1674), Brunnemann. d) für die Novellen: Rittershausen (Rittershusii Jus Justinianeum etc. 1615.) — Exegetische Schriften über vermischte einzelne Stellen gibt es viele unter dem Titel: observationes, interpretationes, emendationes.

4) Fortlaufende Nachweisungen zur Interpretation der Digesten geben A. Schultingii notae ad Dig., edid. et animadv. adiecit N. Smallenburg. Lugd. Bat. 1804—1835. 7 voll. 8. — Lexikographische Hülfsmittel der Exegese sind: B. Brissonius de verborum, quae ad ius pertinent, significatione. Lugd. 1559. fol. cura Heineccii, Halis Sax. 1743. fol. mit den Supplementen von Wunderlich (Hamb. 1778. fol.) und Cramer (Kiliae 1813. 4.); H. E. Dirksen, Manuale latinitatis

font. iur. civ. Rom. Berol. 1837. 4. — Auch eine deutsche Uebersetzung des Corpus Juris haben wir, herausgeg. von Otto, Schilling u. Sintenis, Leipzig 1830—1833.

§. 17.

Seit dem 16. Jahrhundert wurde es, namentlich in Deutschland und Holland, üblich, umfassende Vorträge über das Civilrecht nach der Titelfolge der Justinianischen Institutionen oder Pandecten zu halten (sog. Legalordnung), indem man in jedem Titel die durch die Rubrik bezeichnete Materie in freier Darstellung abhandelte; und in dieser Art wurden dann auch viele Bücher geschrieben.

Anmerkung: Es gehören hieher unter andern: 1) M. Wesenbecii Comment. in Pandectas iur. civ. et Cod. Just. (Paratitla) 1568. aucta ab A. Vinnio Lugd. Bat. 1649. 2) J. Meieri Collegium Argentoratense. Argent. 1616. 1657. 3) Ulr. Huberi praelect. iur. civ. (p. II. III.) 1689. 90., cura Menkenii Lipsiae 1707. Frcf. et Lipsiae 1749. 4) W. A. Lauterbach Colleg. theoretico-practicum Pandectarum. Tub. 1690—1711 etc. Dazu Sam. de Cocceji Jus civ. controversum. Lips. 1710. 1766. 5) J. Voetii Comm. ad Pandectas. Coll. Allobrog. 1699 etc. 6) Joh. Schilteri praxis iur. rom. in foro german. Jen. 1675. 1698. etc. 7) J. O. Westenberg principia iur. sec. ord. Dig. Harderov. 1712. Berol. 1814. 8) Ger. Noodt Comm. in 27 libros Dig. Lugd. Bat. 1716. etc. 9) Sam. Strykii usus mod. pandectarum. 1690. etc. 1746. 10) R. J. Pothier Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae. Aur. 1748. etc. 11) J. A. Hellfeld jurisprud. forensis. Jen. 1764. 12) Ch. F. v. Glück Ausführl. Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Erlangen 1790—1830. (34 Bde. ohne die Register), fortges. von Ch. F. Mühlenbruch 1832—1843. Bd. 35—43. (geht bis lib. 29. tit. 5.). 13) J. F. Malblanc principia iur. rom. Tub. 1801. 1802.

§. 18.

Schon im 16. und 17. Jahrhundert wurden auch einzelne Versuche gemacht, das Civilrecht nach einer eigenen, an die Quellen sich nicht bindenden Ordnung systematisch darzustellen.[1] In der neuern Zeit aber, seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts, ist diese Methode, namentlich in Deutschland, die herrschende geworden, und die Vorträge nach der Legalordnung sind außer Gebrauch gekommen. Abgesehen von einem sogenannten allgemeinen Theil, schließen sich diese neueren systematischen Anordnungen theils dem römischen Institutionensystem an, wie man dasselbe aufzufassen pflegte,[2] jedoch nicht ohne mehr oder

minder erhebliche Abweichungen, [3]) zum Theil aber sagen sie sich ganz und gar davon los. [4])

Anmerkungen: 1) Dahin gehören a) Fr. Connani comment. iur. civ. libri X. Paris. 1553. Neap. 1724. b) Hug. Donelli comment. iur. civ. libri I—XI. Frcf. 1589. 90., vollständig in 28 Büchern nach des Vf. Tode herausgegeben von Scipio Gentilis 1595—1597. u. Hannoviae 1612. 1626. fol., neuerdings von J. K. Koenig und C. Bucher in 16. Bdn. 8. Norimbergae 1801—1834. c) Nic. Vigelii methodus univ. iur. civ. Frcf. 1628. d) H. Vulteji iurisprud. rom. lib. II. Hannov. 1652. e) J. Domat Les loix civiles dans leur ordre naturel. Paris 1689.

2) Ueber das System d. Institutionen vgl. vorzüglich Böcking Institutionen I. S. 161—182 und dessen Anhang zu der Ausg. des Gaius im Bonner corpus iuris anteiust., so wie zu der besondern (dritten) Ausgabe desselben (Bonn 1850).

3) Dahin gehört a) schon J. H. de Berger oeconomia iuris ad usum hodiernum accommodata. Lips. 1712. etc. neueste Ausgabe von Haubold 1801. b) C. C. Hofacker principia iur. rom. germ. t. 1. Tub. 1788. t. 2. 3. cura Gmelin 1794. 98., ed. 2. 1800—1803. c) G. Hugo Lehrb. des heut. R. R. 2. Ausg. 1798. 7. Ausg. 1826. d) A. F. J. Thibaut System des Pandectenrechts. Jena 1803. 7. Ausg. 1827. e) F. Mackeldey Lehrb. des heut. R. R. Gießen 1814. 6. Ausg. 1825. f) Ch. F. Mühlenbruch doctrina pandectarum. Hal. 1823. edit. 2. 1826. 27. g) K. A. v. Vangerow Leitfaden für Pandectenvorlesungen (ein Grundriß mit Chrestomathie der Quellen und vielen ausführlichen Anmerkungen, die vorzüglich Controversen besprechen). Marburg und Leipzig 1839. fgg. 3 Bde. Neueste Ausg., unverändert, 1850. — Ein nach diesem System geordnetes Examinatorium mit einer Uebersicht der civilistischen Controversen gewährt R. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, ein Handb. für Praktiker. Bd. 1. Lpz. 1843. Bd. 2. in 2 Abth. 1845. 1847.

4) Dahin gehört a) L. G. Madihn principia iuris rom. Frcf. 1791. b) G. Hugo Lehrb. 1. Ausg. 1789. Die in diesem Lehrbuch aufgestellte Anordnung wurde weiter ausgeführt c) von A. Heise in seinem Grundriß eines Systems des gem. Civilrechts. Heidelb. 1807. und öfter; und nach diesem Grundrisse bearbeitete J. N. v. Wening-Ingenheim sein Lehrb. des gem. Civilrechts. 3 Bde. München 1822—25. 5. Ausg. von Fritz 1836. 37. Dieselbe Ordnung in den Haupttheilen befolgen, außer mehreren Grundrissen, d) A. Schweppe das röm. Privatrecht in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. Altona 1814. vierte als Handb. verarbeitete Ausg. Gött. 1828—34. 5 Bde, die 3 letzten herausgegeb. von Meyer. e) Mackeldey's Lehrb. von der 7. Ausg. an, 11. u. 12. Ausg. besorgt durch Roßhirt 1838. 1843. f) Mühlenbruchs doctrina pandectarum, von der 3. Ausg. an, so wie das darnach bearbeitete deutsche Lehrb. des Pandectenrechts von demselben. 3 Bde., vierte Ausgabe von

Madai 1844. g) J. F. L. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, herausgeg von Errleben. Gött. 1839—40. 3 Bde. in 5 Abtheil. h) C. F. F. Sintenis das praktische gemeine Civilrecht. 3 Bde. Lpzg. 1844—50. (noch nicht ganz vollendet). i) J. A. Seuffert practisches Pandectenrecht. 3 Bde. 2. Ausg. Würzburg 1847—1849. Ferner gehören dahin k) Thibaut System in der 8. Ausg. 1834. 2 Bde. l) G. F. Puchta Lehrb. d. Pandecten. Leipzig 1838. fünfte Aufl. von Rudorff 1850. Dazu des Vf. Vorlesungen 2 Bde. 1847. 48. m) J. F. Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts. Bd. 1. Altona 1839. n) C. F. Roßhirt gem. deutsches Civilrecht. Heidelb. 1840. Besonders hervorzuheben ist endlich o) F. C. v. Savigny System des heutigen R. Rts. 8 Bde. die allgemeinen Lehren enthaltend, Berlin 1840—1849. Die übrigen Lehren wird der Verfasser in einer Reihe von Monographien abhandeln.

5) Einen neuen Versuch, das ganze System des gemeinen deutschen Privatrechts, mit Inbegriff der dem deutschen Privatrecht im engern Sinne angehörenden Rechtsinstitute, im Zusammenhange darzustellen, enthält: A. C. J. Schmid Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts. Besonderer Thl. Bd. 1. 2. Leipz. 1847. 48. Vgl. auch C. G. Wächter Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts. Stuttgart 1845 fgg., und dazu: Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrecht. Heft 1—3. Stuttgart 1845. 1846.

6) Die in §. 17. 18. genannten Lehr- und Handbücher werden in der Folge der Kürze wegen nur durch Angabe des Namens der Verfasser bezeichnet werden, und insbesondere die häufiger anzuführenden von Mühlenbruch, Vangerow und Puchta nur durch die Anfangsbuchstaben dieser Namen: M. V. P., das von Sintenis abgekürzt: Sint., das von Savigny abgekürzt: Sav.

§. 19.

Sehr reichhaltig ist die civilistische Litteratur an Bearbeitungen einzelner Rechtslehren und Erörterungen über einzelne Fragen. Diese werden, so weit es für den Zweck dieses Lehrbuchs angemessen scheint, gelegentlich angeführt werden. Es gibt aber auch manche Werke, welche eine Sammlung von verschiedenartigen Schriften und Abhandlungen über verschiedene Gegenstände enthalten, theils von denselben, theils von verschiedenen Verfassern.

Anmerkung: Wir erwähnen unter andern 1) gesammelte Werke: Cuiacii opera (§. 16.). Duareni opera Frcf. 1607. Donelli Luccae 1762—70. Augustini ibid. 1765—74. Noodtii Lugd. Bat. 1767. Bynkershockii ibid. 1766. Brissonii opera minora Lugd. Bat. 1747. Jac. Gothofredi ibid. 1733. Heineccii Genev. 1765—79.; eiusdem sylloge

opusc. Halis 1735. Conradi opusc. Brem. 1777. scripta minora. Hal. 1823. Schultingii comment. acad. Hal. 1770—74. Hauboldi opusc. Lips. 1825. 29. Bieneri opusc. 1830. Wenckii 1834.

2) **Vermischte Abhandlungen, von denselben Verf. herausgeg:** A. Faber de error. pragmaticorum et interpretum. Ludg. 1598. Hertii commentationes. Frcf. 1737. J. H. Böhmer exercitat. ad pand. Götting. et Hannov. 1745—64. G. L. Böhmer electa iur. civ. Gött. 1767—78. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Jena 1798. 1801. (2. Ausg. 1817.) Desselben civ. Abhandl. Heidelb. 1814. Feuerbach civ. Versuche. Gießen 1803. Schöman Handb. des Civilrts. Gießen 1806. Schrader Abh. aus dem Civilrt. Hannov. 1808. Civ. Abhandl. Weimar 1816. Unterholzner jur. Abh. München 1810. Neustetel und Zimmern römisch-rechtl. Unters. Heidelb. 1821. Puchta civ. Abh. Lpz. 1823. Francke civ. Abh. Gött. 1826. Beiträge zur Erläuterung einz. Rechtsmaterien. 1828. Heise und Cropp Jur. Abh. Hamb. 1827. 30. Huschke Studien des R. Rts. Bd. 1. Breslau 1830. Buchholtz Versuche. Königsb. 1831. jur. Abh. 1833. Büchel civilrtl. Erörter. Marb. 1832—39. Müller civ. Abh. Gieß. 1833. W. Sell Versuche. Gießen 1833. 34. Arndts Beiträge. Bonn 1837. von der Pfordten Abh. Erlang. 1840.

3) Sammlungen von Abhandlungen verschiedener Verfasser: a) *Tractatus universi iuris* (sog tractatus tractatuum) Venet. 1584. fgg. 23 Bde. Fol. b) Ottonis thesaurus iur. rom. Lugd. Bat. 1725–29. 4 voll. Traiecti 1733–35. 5 voll. c) F. Heineccii jurisprud. rom. et attica. Lugd. Bat. 1738—41. 3 voll. d) Meermanni nov. thes. iur. Hagae com. 1751—53. 7 tom. fol. (supplem. 1780.) Oelrichs thesaur. dissertat. iurid. in acad. Belg. hab. 1769. 70. 2 voll. in 6 tom. Novus thes. Brem. 1771—82. 3 voll. in 6 tom. f) Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten, bearb. v. Arndts, Beck u. s. w., red. v. Weiske, Lpzg. 1836 fgg., bis jetzt 7 Bde. Dieß Werk wird allegirt mit: Rtslex.

4) Zeitschriften, welche Abhandlungen verschiedener Verfasser aufnehmen: a) Hagemann und Günther Archiv für theoretische und praktische Rtsgelehrsamkeit. Braunschweig 1788—92. 6 Bde. b) Hugo civ. Magazin. Berlin 1791—1837. 6 Bde. c) Grolmann und Löhr Magazin f. Philos. u. Gesch. des Rechts u. der Gesetzgebung (f. Rtsw. u. Gstzg.) 4 Bde. Gießen 1800–1807. 1820—25. 1844. (allegirt mit: Löhr's Mag.) d) Savigny, Eichhorn und Göschen (später Klenze, jetzt Rudorff) Zeitschrift für geschichtliche Rtsw. Berlin 1815. fgg. bis jetzt 15 Bde. e) Archiv für civ. Praxis, herausgeg. seit 1814 in Heidelb. von Gensler, Mittermaier und Schweizer, dann von Löhr, Mittermaier, Thibaut, nachher noch Linde, Mühlenbruch, Wächter, Francke, Vangerow, bis jetzt 32 Bde. (allegirt mit: civ. Arch.) f) Zeitschr. für Civilrt. und Proceß, von Linde, Marezoll u. Wening-Ingenheim (nachher Schröter) Gießen 1827. fgg. 20 Bde. (allegirt mit: Linde's Ztschr.) neue Folge bis jetzt 7 Bde. (allegirt mit: Linde's Ztschr. n. F.) g) Rheinisches Museum für Jurisprudenz, zuerst von Hasse, dann von

Blume, Böcking, Bethmann-Hollweg, Puggé, Puchta und Unterholzner, Bonn 1827–29. Götting. 1833–35. 7 Bde. (allegirt mit: Rh. Mus.) h) Themis, Ztschr. für prakt. Rtsw., hrsgeg. von Elvers. Göttingen 1827–30. 2 Bde. Neue Folge 1838. fgg. i) Ztschr. für Civil- u. Criminalrecht von Roßhirt (und Warnkönig). Heidelb. 1830. fgg., bis jetzt 6 Bde. k) Jahrb. für historische und dogmatische Bearbeitung des röm. Rts., von K. u. W. Sell. Braunschweig 1841. fgg., bis jetzt 3 Bde.

5) Sammlungen von praktischen Erörterungen: Fabri Codex definitionum forensium in Sabaud. senatu tractat. (sog. Codex Fabrianus). Gen. 1605. Vulteji consilia et responsa facult. iurid. Marpurg. 1611, fgg. Carpzow jurisprud. forensis romano-saxonica. 1638. responsa 1642. decisiones 1646. fg. Mevii decisiones Wismariensis tribunalis. 1664. fg. Harprecht consilia Tubingensia. 1695. fgg. Wernher selectae observationes forenses. 1710. fgg. Böhmer consultationes et decis. 1733. fgg. Pufendorf observat. iur. univ., quibus praecipue res iudicatae summi tribunalis (in Celle) continentur. 1744. fgg. Strube rechtliche Bedenken. Hannov. 1761 fgg., neue Ausg. mit veränderter Ordnung von Spangenberg 1827. fgg. Hommel rhapsodia quaestionum in foro obvenientium. 1765. fgg. Kind quaestiones forenses, observ. ac decis. saxon. supr. tribun. illustr. 1792. fgg. Bülow u. Hagemann, später Spangenberg, prakt. Erörterungen mit Urtheilsprüchen des Zelle'schen Tribunals u. s. w. 1798. fgg. Gottschalk selecta disceptat. forens. capita. Additae decis. saxon. supr. tribun. 1816. fgg. Collectio notab. decis. supremi tribun. hassocasselani. 1768–1821. (Bd. 13 u. fgg. herausgegeben v. Pfeiffer, unter besonderm Titel). Pfeiffer praktische Ausführungen, mit Erkenntnissen des OAG. zu Cassel. 1825. fgg. Strippelmann, neue Samml. bemerkensw. Entscheid. desselben OAG. 1842 fgg. Seuffert Blätter für Rechtsanwendung, vorzüglich in Bayern, 1837 fgg. Vgl. auch Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland. München 1847. fgg.

6) Controversensammlungen: a) Lüder-Mencke gymnasium polemicum iuris. 1689. fgg. b) Rivinus systema iurisprud. polem. 1753. c) Walch introductio in controversias iur. civ. 1771. 1810. Vgl. auch oben §. 16. Anm. 1. §. 17. n. 4. §. 18. Anm. 3. a. E.

7) Kritische Zeitschriften für Rtsw.: a) Juridisches Archiv von Danz, Gmelin und Tafinger. Tüb. 1801. fgg. 6 Bde. b) Krit. Ztschr. für Rtsw. von Mohl, Scheurl, Schrader u. Wächter. Tübing. 1826. fgg. 6 Bde. c) Jahrbücher der jur. Litt., herausg. von Schunk. Erlangen 1826. fgg. 22 Bde. d) Kritische Jahrb. für deutsche Rtsw. von Richter, dann auch Schneider, zuletzt allein von diesem. Leipzig 1837–1848.

§. 20.

Vollständigere litterarische Angaben findet man in verschiedenen litterarhistorischen und bibliographischen Werken, namentlich:

H. J. D. König Lehrbuch der jur. Litteratur. 2. Thle. Halle 1785. M. Lipenii biblioth. realis iuridica, post Struvii et Jenichenii curas multis accessionibus aucta. Lipsiae 1757. 2 voll. fol., mit den Suppl. von Schott 1775. Senckenberg 1789. Madihn 1816. 1832. B. G. Struvii biblioth. iuris selecta. ed. 8. cura Buderi. Jen. 1756. E. Ch. Westphal system. Anleit. z. Kenntniß der besten Bücher in der Rechtsgelehrtheit. 3. Ausg. Leipz. 1791. Haubold institutiones iur. rom. litt. tom. I. Lipsiae 1809. ed. 2. 1826. Ersch Litteratur der Jurisp. und Politik. Ausg. von Koppe. Leipz. 1823. Ulmenstein biblioth. iur. civ. selecta. Berol. 1821—1823. 3 tom. Engelmann bibl. jurid. Leipz. 1840. — Schröter repertorium iur. consultatorium. 1793. 99. 2 tom. fol. Rössig Repertorium der in den seit 1790. erschienenen praktisch jur. Sammlungen befindlichen Aufsätze und Fälle. Leipzig 1802. Sickel Repertorium über die 1802—1834. erschienenen Sammlungen von jur. Aufsätzen und Entscheidungen. Leipz. 1835. 2 Bde. Kappler jur. Promtuarium des 19. Jahrh. (mit Ausschließung des Criminalrechts). Stuttg. 1735. Vgl. auch das Lexicon litteraturae academico-iuridicae in libraria Göthiana venalium. Lipsiae 1838. 2 tomi.

Erstes Buch.

Von den Rechten im Allgemeinen.

Erstes Capitel.

Begriff und Eintheilung der Rechte.

§. 21.

I. Begriff des Rechts.

Ein Recht (im subjectiven Sinn) ist eine durch das Recht (im objectiven Sinn) begründete Herrschaft des Willens einer Person in Ansehung eines Gegenstandes. Jedem Rechte entspricht eine Rechtspflicht anderer Personen, wenn nicht eine besondere positive einer bestimmten andern Person, doch wenigstens eine allgemeine negative Rechtspflicht aller Andern.

Anmerkungen: 1) Jus und obligatio Correlata? — Absolute und relative Rechte.

2) Gegenwärtiges und zukünftiges Recht (ius praesens, ius futurum)? — M. §. 76. Sint. §. 12. Böhmer Exercit. I. 5.

3) Recht und Rechtsverhältniß — Rechtsinstitut. P. §. 29.

II. Eintheilung der Rechte.

§. 22.

1) Nach ihrem Gegenstande. [1])

Die Willensherrschaft der Person kann sich beziehen 1) auf eine Sache, d. h. einen unpersönlichen körperlichen Gegenstand der Außenwelt. Daher Recht an einer Sache, Sachenrecht, unmittelbares Sachenrecht, ius in re. Dahin gehören das Eigenthum, welches die rechtliche Herrschaft über eine Sache im Ganzen gewährt, und Rechte an einer fremden Sache (iura in

re aliena), kraft deren eine Sache nur in bestimmten Beziehungen (partiell) dem Willen eines Andern als des Eigenthümers rechtlich unterworfen ist. 2) auf eine Handlung oder Leistung eines bestimmten Andern, welche wegen des daran geknüpften sachlichen Werthes (Geldwerthes) als ein eigener Rechtsgegenstand aufgefaßt wird. Rechte dieser Art heißen Forderungen, Forderungsrechte, Obligationen. Die beiden genannten Arten von Rechten fallen unter den gemeinschaftlichen Begriff von Vermögensrechten; die Rechtsverhältnisse, deren Kern sie bilden, heißen Vermögensverhältnisse. Den Gegensatz davon bilden 3) die Familienrechte, Familienverhältnisse, bei welchen der Wille auf die Behauptung einer dauernden rein persönlichen Lebensbeziehung zu bestimmten andern Menschen gerichtet ist, die als ein juristisch wirksames, wenn gleich nicht ausschließlich juristisches, Verhältniß anerkannt ist.[2]) Bei den Vermögensverhältnissen kommt noch in Betracht die Möglichkeit der Nachfolge in einen ganzen Inbegriff von Vermögensverhältnissen, deren Subject bisher eine bestimmte andre Person war, namentlich ein Verstorbener, Erblasser. Insofern hat man noch 4) ein Vermögen, als ein Ganzes gedacht, als möglichen Gegenstand eines Rechts aufgefaßt (des Erbrechts im subjectiven Sinn), welches darin besteht, daß man überhaupt die Stelle des bisherigen Vermögenssubjects einnimmt, also eben deßhalb auch alle einzelnen demselben zuständigen Vermögensrechte nun für sich behaupten kann.[3]) — Die Verschiedenheit der Rechte nach ihrem Gegenstande ist für die Systematik des Privatrechts von vorzüglicher Bedeutung; man soll aber nicht den innern Zusammenhang der Rechtsinstitute hintansetzen, und nicht durch bloß logische Anordnung nach jenem einzigen Gesichtspunkte das lebendig Zusammengehörige auseinander reißen.[4])

Anmerkungen: 1) Vgl. Unterholzner Abh. III. Puchta im Rh. Mus. III. S. 289—308, und gegen diesen Sintenis in Linde's Ztschr. XIX. 2.

2) Vgl. Sav. I. S. 331—410. mit Puchta Institut. I. S. 50 fgg. Arndts Encyklopädie §. 48—68.

3) Recht an eine in uns übergegangene Person? Puchta im Rh. Mus. S. 302—304. Dagegen Sintenis a. a. O. — Ueber das Recht an der eigenen Person vgl. unten §. 24.

4) System der Rechte, der Rechtsverhältnisse oder Rechtsinstitute. —

Vgl. Anm. 1. 2. und Schröter in krit. Jahrb. IV. S. 293. Arndts das. VII. S. 296. folg. X. S. 137—142.

5) Ueber den Gegensatz von dinglichen Rechten (iura in re, in rem, realia) und persönlichen Rechten (iura in personam, personalia, ad rem) vgl. Thibaut Vers. II. 2. Feuerbach Vers. VIII. Duroi im civ. Arch. VI. 14. und dagegen Puchta im Rh. Mus. I. S. 286. fgg. V. §. 113.

§. 23.

2) Nach ihrem Verhältniß zum Recht im obj. Sinn.

Rechte gründen sich mittelbar auf einen Rechtssatz (§. 21). Es kann aber auch unmittelbar durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt ein Recht verliehen werden, das außerdem, nach der Regel des Rechts, nicht begründet wäre. Ein solches Recht heißt Privilegium im engern Sinn. [a]) Es entsteht lediglich durch die betreffende Verfügung der Staatsgewalt, [1]) deren Befugniß dazu durch das öffentliche Recht begründet ist. Die Eintheilung der Privilegien in privilegia conventionalia und non conventionalia oder gratiosa, sodann in privilegia onerosa und gratuita, bezieht sich auf den Anlaß der Verleihung, nicht auf den juristischen Grund ihrer Entstehung. — Dem Privilegium ist in einer Beziehung verwandt das ius singulare, Privilegium im weitern Sinne, [2]) d. h. ein Recht, welches sich auf einen Rechtssatz gründet, der aus besondern Rücksichten für gewisse Fälle eine Ausnahme von dem regelmäßig entscheidenden (gemeinen) Rechte (ius commune) statuirt. [3]) Sowohl Privilegien im weitern als im engern Sinn können eingetheilt werden in affirmative und negative, in privilegia personae, rei und causae. [4])

Anmerkungen: 1) Constitutio personalis; L. 1. §. 2. D. de const. princip. 1. 4. — Lex specialis. Privilegium im obj. S. (favorabile — odiosum). — Cf. L. 17. §. 5. D. ad municip. 50. 1. „privilegium specialiter civitati datum". L. 6. Cod. de incol. 10. 39. „privilegio speciali". — P. §. 31.

2) L. 15. D. de subst. 28. 6. L. 12—24. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5.; sogar „speciale privilegium" in L. 17. Cod. de dignitat. 12. 1. — P. §. 30.

3) Jus singulare im obj. S., i. e. quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est, L. 16. D. de leg. 1. 3. — Sav. I. S. 61—66.

---

a) X. de privilegiis. 5. 33., in 6to 5. 7. Clem. 5. 7.

4) L. 196. D. de R. J. Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae; et ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt; quae personae sunt, ad heredem non transeunt. cf. L. 68. D. eod.

Zweites Capitel.

Von den Personen oder Subjecten der Rechte.

§. 24.

Person ist im juristischen Sinn ein Individuum, das Subject von Rechten ist oder seyn kann. Darin, daß Jemand als solches anerkannt ist, besteht die Persönlichkeit,[1] Rechtsfähigkeit.[2] Von Natur kommt diese allen Menschen zu und nur diesen;[a] aber während dieselbe nach positivem Recht wohl einzelnen Menschen abgesprochen wird,[b] sind andrerseits auch Rechtssubjecte anerkannt, die nicht einzelne Menschen sind und als Personen nur durch den juristischen Begriff existiren. Diese nennt man juristische Personen (moralische, fingirte, mystische Personen), und im Gegensatze davon den einzelnen Menschen, der schon als solcher ein natürliches Rechtssubject ist, physische oder natürliche Person.[3]

Anmerkungen: 1) Persona in abstracter Bedeutung. Vgl. Nov. Theod. 24. §. 1. „servi nec personam habentes.“ — Cod. qui legitimam personam in iudiciis habeant. 3. 6. — Hert. opusc. I. 3. de uno homine plures sustinente personas.

2) Recht der Persönlichkeit. Eigenthum seiner selbst? W. §. 34. Recht an der eigenen Person? P. §. 117. Rh. Mus. III. S. 305. Vgl. Sav. I. S. 334–37. Arndts in krit. Jahrb. VII. S. 298.

3) L. 9. §. 1. D. quod met. 4. 2. „Sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus.

I. Von den natürlichen Personen.[a])

A. Existenz derselben.

§. 25.

1) Anfang und Erfordernisse.

Eine natürliche Person ist vorhanden, sobald ein Wesen menschlicher Natur außer dem Mutterleibe[1] selbständig lebend

a) L. 2. D. de statu hom. 1. 5., §. 12. J. de iure nat. 1. 2. pr. J. de libert. 1. 5. b) L. 22. 32. D. de R. J.

a) J. de iure person. 1. 3. D. de statu hom. 1. 5.

existirt.[b]) Erforderlich ist also, daß das Kind aus dem Mutterleibe vollständig[2]) ans Licht gekommen sey[c]), nach dieser Trennung lebe[d]), und menschliche Gestalt trage[e]).

Anmerkungen: 1) Jedoch: Nasciturus pro iam nato habetur, quoties de commodis eius quaeritur. — L. 7. 26. D. h. t. L. 231. D. de V. S. — Sav. II. S. 12—16. P. §. 114. not. b. „Vermöge dieser Berücksichtigung hat schon der Ungeborne Persönlichkeit, jedoch nur eine juristische." Anm. von Rudorff.

2) Nicht bloß der Kopf. Dagegen jedoch Sint. §. 13. not. 4. arg. L. 12. §. 1. D. cit. „si non integrum animal editum sit." Auf Abschneiden der Nabelschnur kommt es nicht an. L. 3. Cod. cit.

3) Ist außerdem noch Lebensfähigkeit (Vitalität) erforderlich? L. 12. D. h. t. L. 3. §. 12. D. de suis. 38. 16.? Dagegen Sav. II. S. 385—417.; anders P. §. 114. Instit. II. S. 401. arg. L. 2. Cod. l. c. „uxoris abortu — testamentum non rumpi."

§. 26.

2) Ende der natürlichen Persönlichkeit.

Das Ende der natürlichen Persönlichkeit ist der Tod, welcher, wenn davon abhängige Rechte geltend gemacht werden, wie jede andre Thatsache zu beweisen ist. Indessen kann die Ungewißheit des gleichwohl wahrscheinlichen Todes einer Person durch gerichtliche Todeserklärung beseitigt werden. Nach heutigem Gewohnheitsrecht[1]) wird angenommen, ein Abwesender, von dem man keine Kunde hat (ein Verschollener), seit dessen Geburt aber bereits 70 Jahre verflossen sind[2]), sey nicht mehr am Leben. Nach vorgängiger Untersuchung und öffentlicher Vorladung kann alsdann die gerichtliche Todeserklärung erfolgen. Diese begründet die Vermuthung des wirklichen Todes des Abwesenden, mit allen rechtlichen Folgen desselben[3]), keineswegs aber auch eine Vermuthung für die Fortdauer des Lebens bis zu irgend einem bestimmten Zeitpunkte, sofern durch diese etwa rechtliche Wirkungen bedingt sind[4]).

---

b) L. 1. §. 1. D. de inspic. ventre. 25. 4. L. 9. §. 1. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 161. D. de V. S. c) L. 3. Cod. de postum. 6. 29. cf. L. 12. pr. D. de liberis. 28. 2. L. 1. §. 9. D. unde cogn. 38. 8. d) L. 2. 3. Cod. l. c. L. 129. D. de V. S. e) L. 3. Cod. cit. L. 12. D. h. t. L. 12. §. 1. D. de lib. 28. 2. cf. L. 44. D. de religiosis 11. 7.

Anmerkungen: 1) Mit Unrecht geläugnet von Sint. §. 13.

2) Psalm 89 (oder 90) v. 10. „Unser Leben währet siebzig, wenn's hoch kommt, achtzig Jahre."

3) Nach welchem Zeitpunkte zu bestimmen? nach dem Zeitpunkte der Todeserklärung oder dem der Vollendung jener 70 Jahre? oder nach dem Zeitpunkte des Beginns der Verschollenheit? Successio ex nunc oder ex tunc? — Cropp Abh. II. 4. W. §. 33. Sav. II. S. 17—19.

4) Cropp Abh. II. 5.

§. 27.

3) Insbesondere von der Priorität des Todes.

Auch im Fall der Ungewißheit darüber, welche von mehreren Personen vor der andern gestorben sey, entscheidet bisweilen eine rechtliche Vermuthung. Der Regel nach, nicht ohne Ausnahme [a]), wird nämlich vermuthet [b]), das mündige Kind sey nach seinem Ascendenten, das unmündige vor demselben gestorben [1]). Außerdem kann ein durch die Priorität des Todes einer Person bedingtes Recht [2]) nicht anders als durch deren Beweis geltend gemacht werden [c]).

Anmerkungen: 1) Nicht bloß im Fall des Untergangs in erwiesener gemeinschaftlicher Lebensgefahr: arg. L. 11. pr. D. de b. p. sec. tab. 37. 11. „duobus peregre defunctis". Kierulff I. S. 92. Dagegen W. §. 33. Sav. II. S. 20—22. — Ganz allgemein soll die Vermuthung für den frühern Tod des Unmündigen sprechen nach Mühlenbruch im civ. Arch. IV. 27, für den frühern (natürlichen) Tod der ältern Person nach Thibaut 6. Aufl. §. 211. arg. L. 15. pr. D. de inoff. test. 5. 2. „turbato ordine mortalitatis". Anders derselbe in der 8. Aufl. §. 122. not. c. — Vgl. Gaedeke de iure commorientium. Rostok 1830.

2) Anders, wenn es wesentlich nur darauf ankommt, daß der andre nicht länger gelebt habe. L. 26. D. de m. c. donat. 39. 6. L. 32. §. 14. D. de donat. int. vir. et ux. 24. 1. — Vgl. L. 9. pr. D. de reb. dub. „Qui duos impuberes filios habebat, ei qui supremus morietur Titium substituit. Duo impuberes simul in nave perierunt: quaesitum est, an substituto et cuius hereditas deferatur? Dixi: si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus; in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. In proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, quia,

---

a) L. 9. §. 2. D. de reb. dub. 34. 5. L. 17. §. 7. D. ad Sc. Treb. 36. 1. b) L. 26. pr. D. de pact. dot. 23. 4. L. 9. §. 1. 4. L. 22. 23. D. de reb. dub. c) L. 16. §. 1. — L. 18. D. l. c. L. 34. D. ad Sc. Treb.

cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur, an vero neutri, quia comparatio posterioris defuncti ex facto prioris mortui sumitur? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit." Statt: quia cum neutri liest Hal. utrum quia neuter. Es ist aber so zu lesen: in proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, num utrique heres sit, quia, cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur? an vero neutri, quia etc.

B. Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen.

§. 28.

1) Die römischen Status. [1])

Das römische Recht unterscheidet drei Hauptstufen der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen, Status; nämlich Freiheit, Bürgerrecht und Familienstand. Die natürlichen Personen werden darnach eingetheilt 1) in liberi und servi [a]), 2) in cives und peregrini, 3) [b]) in homines sui iuris (patresfamilias, matresfamilias), und homines alieni iuris oder personae alieno iuri subiectae (filiifamilias, filiaefamilias). [c]) In Verbindung damit steht die Unterscheidung einer dreifachen capitis deminutio [d]), maxima, media und minima.[2]) Allein das heutige gemeine Civilrecht kennt keinen Sklavenstand mehr und macht auch zwischen Bürgern und Nichtbürgern, Inländern und Ausländern keinen Unterschied rücksichtlich der Rechtsfähigkeit. Daher kommen die beiden ersten Gegensätze der Personen, sowie die beiden ersten Arten der capitis deminutio im heutigen Rechte nicht mehr in Betracht. Der dritte Gegensatz ist allerdings auch jetzt noch von praktischer Bedeutung; der filiusfamilias ist vermögensrechtlich unselbständig. [e]) Dieß ist aber nur eine Wirkung des besondern Familienverhältnisses, welches durch die Unterwerfung unter die väterliche Gewalt entsteht. Auch die minima

---

a) pr. J. de iure person. 1. 3. cf. tit. 3—7 ibid. b) D. de his qui sui vel alieni iuris sunt. 1. 6. J. 1. 8. cf. tit. 9—12 ibid. c) L. 4. D. h. t. L. 5. §. 1. D. de bon. damn. 48. 20. L. 195. §. 2. L. 196. pr. D. de V. S. cf. L. 46. §. 1. D. eod. L. 3. §. 6. D. de lib. exhib. 43. 30. d) D. de capite minutis 4. 5. J. de capitis minutione 1. 16. e) §. 1. J. per quas person. acquir. 1. 9. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.

capitis deminutio hat an sich schon nach neuestem römischem Rechte kaum noch eine praktische Bedeutung. [3])

Anmerkungen: 1) Vgl. P. §. 116—118. Sav. II. S. 23—169 und S. 416—515 (Beil. IV—VI.).

2) §. 1—3. J. h. t. Maxima capitis deminutio est quum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit. — Minor sive media, quum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur. — Minima, quum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur, quod accidit in his, qui cum sui iuris essent coeperunt alieno iuri subiecti esse, vel contra. L. 11. D. h. t. — Ueber das Wesen der min. c. d. vgl. vorzüglich Sav. S. 478 fgg. mit Puchta in krit. Jahrb. IV. S. 687. Institut. I. S. 477 fgg. Nach Justinianischem Recht erleiden dieselbe a) der homo sui iuris, welcher der väterlichen Gewalt eines Andern unterworfen wird, durch Arrogation oder Legitimation. §. 3. J. h. t. L. 2. §. 2. D. h. t. b) die Kinder des Arrogirten (oder Legitimirten), die mit diesem in die Gewalt des Arrogator übergehen. L. 3. pr. D. h. t. c) Wer durch Emancipation aus der väterlichen Gewalt entlassen wird. §. 3. J. h. t. Theoph. ad h. l. L. 3. §. 1. D. h. t. d) das Kind, welches vom Vater vollgültig in Adoption gegeben wird. L. 11. in f. D. h. t. L. 10. Cod. de adopt. 8. 48. — Sav. will die drei letzten Fälle nicht mehr gelten lassen, aber, wenigstens soviel b und c betrifft, gegen den klaren Ausspruch der Justinianischen Rechtsquellen.

3) Nach älterm Recht hatte die min. c. d. wichtige Folgen. Sie löste namentlich die bisherige Agnationsverbindung, worin sogar nach der gewöhnlichen Ansicht das Wesen derselben bestehen soll (V. §. 34); sie bewirkte ferner Endigung der persönlichen Servituten des capite minutus, und Zerstörung civilrechtlicher Forderungsklagen gegen denselben. Allein die letzte Wirkung war schon durch das prätorische Edict ihrem praktischen Erfolg nach beseitigt, L. 2. §. 1. D. h. t.; die zweite hat Justinian aufgehoben, L. 16. Cod. de usufr. 3. 33; die erste besteht zwar noch, ist aber nicht mehr von Bedeutung, weil die Agnation selbst ihre Bedeutung verloren hat (nov. 118), sofern nicht von der Agnation zugleich die Cognation abhängt, wie bei Adoptirten der Fall ist. L. 1. §. 4. D. unde cogn. 38. 8.

2) Die bürgerliche Ehre.

§. 29.

a) Begriff der Ehre. [1])

Die bürgerliche Ehre besteht in der persönlichen Achtung und Würde, welche dem Einzelnen vermöge seiner Rechtsfähigkeit und bürgerlichen Stellung zukommt. [2]) Ohne alle bürgerliche Ehre gibt es keine Rechtsfähigkeit, eine Minderung der Ehre aber berührt auch die Rechtsfähigkeit der Person auf nachtheilige Weise.

Anmerkungen: 1) Marezoll, die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung. Gießen 1824. Sav. II. §. 76—83. S. 170—230. nebst Beil. VII. S. 516—559.

2) L. 5. §. 1. D. de extraord. cogn. 50. 13. Existimatio est dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur. — Gemeine bürgerliche Ehre und besondere Standesehre. P. §. 119.

b) Ehrenminderung.

α) Nach römischem Recht.

§. 30.

aa) Im Allgemeinen.

Nach römischem Recht erleidet, wer das Bürgerrecht zur Strafe verliert, zugleich den Verlust der darauf beruhenden bürgerlichen Ehre. [a]) Gemindert aber ist die Ehre desjenigen, welcher durch seine Handlungen oder seinen Zustand in der sittlichen Achtung seiner Mitbürger sich herabgesetzt hat, so daß er in rechtlichen Beziehungen gegen den ehrenhaften (unbescholtenen) Bürger zurückgesetzt wird. [b]) Das sittliche Urtheil kann im Allgemeinen durch eine Rechtsvorschrift ausgesprochen seyn, welche mit gewissen Handlungen oder Zuständen eine Ehrenminderung als rechtliche Folge verbindet. Eine solche Ehrenminderung ist im römischem Recht die Infamie, infamia. Die Verächtlichkeit einer Person, welche ohne Rechtsvorschrift nur in dem Sittenurtheil der Mitbürger begründet ist, heißt dagegen nota oder turpitudo. [c]) Heutzutage bezeichnet man diesen Gegensatz durch die Ausdrücke infamia iuris und infamia facti. [d])

§. 31.

bb) Infamie. [a])

Die Infamie entsteht nach römischem Recht theils als unmittelbare Folge einer Handlung oder eines Zustandes der Person, d. i. die sog. infamia immediata, theils erst in Folge eines richterlichen Urtheils, welches die Person einer unerlaubten

a) L. 5. §. 3. D. de extraord. cogn. 50. 13. b) L. 5. §. 2. D. l. c. c) L. 27. Cod. de inoff. test. 3. 28. d) cf. L. 2. pr. D. de obsequiis 38. 15. L. 39. D. de furtis 47. 2.

a) D. de his qui infamia notantur 3. 2. Cod. ex quibus causis infamia irrogetur 2. 12. de infamibus 10. 57. cf. Vat. fragm. §. 320—324. tab. Heracl. v. 108—141.

Handlung schuldig erkennt, mit welchem jedoch auch eine die Abwendung der Verurtheilung bezweckende Maßregel gleiche Wirkung haben kann, d. i. die sog. infamia iuris mediata. [1]) Die einmal entstandene Infamie aber dauert der Regel nach fort bis zum Tode der Person [b]), wenn nicht dieselbe durch Begnadigung des Regenten (restitutio famae) aufgehoben [c]) oder etwa das infamirende Urtheil rescindirt wird. [d]) Doch soll auch demjenigen, welcher eine zu schwere Strafe ungerechter Weise bereits erduldet hat, zur Vergeltung dafür die Infamie erlassen werden. [e]) Die regelmäßigen Wirkungen endlich der Infamie bestehen in der Ausschließung des Infamis von Ehrenämtern [f]), von der Befugniß, für Andre vor Gericht Anträge zu machen [g]) (postulare [2]), daher auch von der Anstellung einer popularis actio [h]), von der Anstellung einer infamirenden Klage gegen eine ehrenhafte Person [i]), von der Verwaltung als Vormünder [k]), und von dem Anspruch auf den Besitzstand während des Processes bei dem interdictum de liberis exhibendis [l]), sodann darin, daß die Erbeinsetzung eines Infamis die ehrenhaften Geschwister zur Anfechtung des Testaments berechtigt [m]), und daß der Infamis zum Zeugniß [3]) nur mit Beschränkung [n]) zugelassen wird. [4])

Anmerkungen: 1) Die meisten Fälle der Infamie sind in der die betreffende Stelle des Edicts enthaltenden L. 1. D. h. t. angegeben: Infamia notatur a) qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit; b) qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scenam prodierit; c) qui lenocinium fecerit; d) qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse indicatus erit; e) qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve

---

b) L. 43. §. 4. D. de ritu nupt. 23. 2. L. 6. Cod. h. t. cf. L. 8. D. de postul. 3. 1. L. 3. §. 1. D. de decurion. 50. 2. L. 3. Cod. h. t. c) L. 1. §. 9. 10. D. de postul. 3. 1. cf. L. 3. Cod. de generali abolit. 9. 43. d) L. 1. §. 10. D. cit. e) L. 4. Cod. h. t. L. 13. §. 7. D. h. t. L. 10. §. 2. D. de poenis. 48. 18. f) L. un. Cod. de infam. L. 2. 6. Cod. de dign. 12. 1. g) L. 1. D. de postul. 3. 1. h) L. 4. D. de pop. act. 47. 23. i) L. 11. §. 1. D. de dolo malo. 4. 3. k) L. 17. §. 1. D. de test. tut. 26. 2. l) L. 3. §. 4. 5. D. de lib. exhib. 43. 30. m) L. 27. C. de inoff. test. 3. 28. cf. L. 11. 19. Cod. eod. n) L. 3. pr. D. de testib. 22. 5. Nov. 90. cap. 1.

erit; f) qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit; g) qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit; h) eamve sciens quis uxorem duxerit, non iussu eius, in cuius potestate est, et i) qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit; k) quive suo nomine, non iussu eius, in cuius potestate esset, eiusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit. — Von diesen Fällen gehören d, e, f zu der sog. infamia mediata, die übrigen zu der sog. infamia immediata. Es sind aber zur Ergänzung noch folgende verwandte Fälle hinzuzufügen: zu b) qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret, locaverit, und qui virtutis ostendendae causa hoc faciunt sine mercede, si in arena passi sunt se honorari. L. 1. §. 6. D. de postulando. 3. 1.; zu c) qui corpore suo muliebria passus est, L. 1. §. 6. cit., quae corpore quaestum fecit. L. 43. D. de ritu nupt. 23. 2, quae in adulterio deprehensa est, L. 43. §. 12. 13. D. l. c.; zu d) alle iudicio publico damnati, L. 7. D. de iud. publ. 48. 1., deßgl. die sich der Criminaluntersuchung arglistig entziehen, L. 6. §. 3. D. de decurion. 50. 2., zudem auch die Söhne von Hochverräthern nach L. 5. §. 1. Cod. ad leg. Jul. maiest. 9. 8.; zu e) auch das crimen extra ordinarium wegen derselben oder ähnlicher Vergehen hat dieselbe Wirkung. L. 12. Cod. L. 13. §. 8. D. h. t. L. 7. D. cit.; deßgleichen unerlaubter Zinswucher, L. 20. Cod. h. t.; Bruch eines beschwornen Vergleiches, L. 41. Cod. de transaction. 2. 4., unbewiesene Delation, L. 2. pr. L. 18. §. 7. D. de iure fisci. 49. 14.; zu f) im Fall besondrer Unredlichkeit hat auch die contraria actio dieselbe Wirkung, L. 6. §. 5. 7. D. h. t. cf. L. 22. Cod. h. t. Den Vormund infamirt auch suspecti remotio, §. 6. J. de suspect. tut. 1. 26.; zu g—i) die Wittwe selbst, die das Trauerjahr verletzt, L. 11. §. 3. D. h. t. L. 15. Cod. h. t.; der Vormund, der sich selbst oder seinen Sohn mit der Mündel verheirathet, L. 66. D. de ritu nupt. 23. 2.; zu k) auch alteri sponsa alteri nupta. L. 13. §. 3. D. h. t.

2) In dieser Beziehung waren die Infames im prätorischen Edict aufgezählt. Es konnte demnach ein Infamis regelmäßig auch nicht Andre vor Gericht vertreten. Fragm. Vat. l. c. Paul. sentt. I. 2. §. 1. 3. Nach älterm Recht konnte die Partei selbst sowohl gegen den unbescholtenen Stellvertreter der infamen als gegen den infamen Stellvertreter der unbescholtenen Gegenpartei protestiren (procuratoria exceptio). Dieß ist aber im Just. Recht abgeändert. §. ult. J. de except. 4. 13. P. §. 120.

3) Die Unfähigkeit zum Solennitätszeugniß, namentlich bei Testamenten, ist nicht mit jedem Fall der Infamie verbunden und kommt auch bei Personen vor, die nicht zu den Infames gezählt werden. L. 14.

15. pr. D. de testib. 22. 5. L. 18. 26. D. qui test. fac. 28. 1. Aber nov. 90. empfiehlt, daß wo möglich nur ehrenwerthe Leute zu Zeugen zu nehmen seyen.

4) Nach älterm Recht (Lex Julia) war die Infamie auch noch wichtig in Betreff der Ehe; aber vgl. L. 28. 29. Cod. de nupt. 5. 4. nov. 117. cap. 6. — Sav. §. 82 u. Beil. VII.

§. 32.

cc) Turpitudo.

Wenn eine Person durch ihr Betragen oder ihren Zustand, ohne daß damit durch eine Rechtsvorschrift eine Ehrenminderung verknüpft wäre, doch nach dem sittlichen Urtheil der Mitbürger als verächtlich sich darstellt (turpitudo [1]), so kann auch dieses rechtlich bedeutend werden, insofern in manchen Beziehungen auf die moralische Würdigung der Person etwas ankommt. So hat denn die Turpitudo größtentheils dieselben Wirkungen, wie die eigentliche Infamie. [2])

Anmerkungen: 1) L. 27. Cod. de inoff. test. 3. 28. ... Consanguinei .... de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpidinis vel levis notae macula adspergantur. cf. L. 2. pr. D. de obseq. par. 37. 15. Licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati (sc. per procuratorem de dolo aut iniuriarum), re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam. L. 1. §. 5. D. de postul. „praetor .... notavit personas turpidine notabiles."

2) Vgl. §. 31. not. f. i. k. l. m. n. Auch von den Wirkungen in not. g. h. gilt eigentlich dasselbe, nachdem der Gegenpartei das Recht, dieselben geltend zu machen, abgesprochen, also dem Ermessen des Richters die Entscheidung überlassen ist. P. §. 120. not. cc. dd.

§. 33.

β) Heutige Anwendbarkeit des römischen Rechts.

Die sogenannte infamia facti kommt auch im heutigen Recht noch in Betracht, wo sie nach römischem Recht civilrechtliche Wirkungen äußert; aber es kommt dabei natürlich auf die heutzutage herrschenden sittlichen Ansichten an. Was die eigentliche Infamie betrifft, so ist die Infamie wegen Verletzung des Trauerjahrs durch das canonische Recht ausdrücklich aufgehoben [a]); dagegen sind in Reichsgesetzen einige neue Fälle genannt. [b])

---

a) cap. 4. 5. X. de secund. nupt. 4. 21. b) RPO. von 1577. Tit. 23. §. 2. RA. v. 1670. §. 10. v. 1551. §. 80. cf. auth. *habita* auth. *agricultores.*

Als Wirkung derselben wird im canonischen Recht noch die Ausschließung von der Procuratur angegeben [c]), in Reichsgesetzen die Ausschließung von Zünften und vom Notariat. [d]) Allein in der Praxis hat das römische Recht in dieser Beziehung weit bedeutendere Modificationen erfahren. Eine infamia immediata wird als infamia iuris überall nicht mehr anerkannt [1]), eine infamia mediata nicht mehr als Folge einer Civilklage, bei strafrechtlicher Verurtheilung aber soll nach der Meinung vieler Praktiker ein ausdrückliches Erkenntniß auf Infamie zur Begründung derselben erforderlich seyn, wenn nicht nach heutigen Begriffen die Strafe selbst infamirt. [2]) In der That ist zu behaupten, daß die ganze römische Theorie von der Infamie ihre unmittelbar praktische Bedeutung im heutigen gemeinen Civilrecht verloren habe; denn die der Infamie eigenthümlichen Wirkungen sind weggefallen oder gehören dem Civilrecht nicht an, und wo sonst noch eine Ehrenminderung civilrechtlich bedeutend ist, da ist es eben nicht mehr der bestimmte Begriff der römischen Infamia. [3])

Anmerkungen: 1) Einige Fälle behauptet noch Kierulff I. S. 102. 103.

2) Dagegen Kierulff a. a. O.

3) Vgl. vorzüglich Sav. a. a. O. §. 83. mit Eichhorn deutsches Privatrt. §. 87. 88. Phillips deutsch. Privatrt. §. 35—39.

§. 34.

3) Einfluß des Religionsbekenntnisses auf die Rechtsfähigkeit.

Nach römischem Recht und nach dem Rechte des Mittelalters war das Religionsbekenntniß für die rechtliche Stellung der Person sehr wichtig. [a]) Heutzutage sind in Deutschland bundesgesetzlich die drei christlichen Religionsparteien in bürgerlichen und politischen Rechten einander gleichgestellt [1]), und auch in Ansehung anderer Religionsbekenntnisse sind die civilrecht-

---

c) cap. 1. 2. C. 3. qu. 7. d) RPO. Tit. 38. §. 4. RS. v. 1731. §. 13. NO. §. 2.

a) Cod. de haereticis 1. 5. de apostatis 1. 7. de iudaeis 1. 9. de paganis 1. 11. nov. 132. — cf. auth. *item* und *credentes*. X. de haeret. 5. 7., in 6to 5. 2. Clem. 5. 3. X. de apostat. 5. 9. de iudaeis 5. 6.

lichen Beschränkungen in der Praxis durchgängig beseitigt. In Ansehung der Juden gibt es zur Zeit noch einige singuläre Rechtsbestimmungen im gemeinen Recht. [2])

Anmerkungen: 1) BA. Art. 16. „Die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien kann in den Ländern und Gebieten des deutschen Bundes keinen Unterschied in dem Genusse der bürgerlichen und politischen Rechte begründen." Vgl. Sav. II. S. 231—234.

2) Die Grundrechte des deutschen Volks §. 16 sagen: „Durch das religiöse Bekenntniß wird der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte weder bedingt noch beschränkt." §. 20: „Die Religionsverschiedenheit ist kein bürgerliches Ehehinderniß." Vgl. aber oben §. 12.

C. Andere juristisch bedeutende Eigenschaften und Zustände der Personen.

§. 35.

1) Geschlecht.

Das Recht erkennt nur zwei Geschlechter an, das männliche und weibliche, kein Mittelding zwischen beiden. [a]) Regelmäßig stehen die Personen beiderlei Geschlechts privatrechtlich einander gleich.

Anmerkung: L. 1. D. de V. S.: Verbum hoc *si quis* tam masculos quam feminas complectitur. L. 195. pr. eod. Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur. Dagegen L. 45. pr. D. de legat. II. Exemplo pessimum est feminino vocabulo etiam masculos contineri. — Vgl. aber L. 9. D. de statu hom. 1. 5. L. 18. D. de testib. 22. 5. §. 10. J. de adopt. 1. 11. L. 2. D. de R. J. Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt, et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores esse.

§. 36.

2) Alter.

Der Unterschied des Alters [1]) ist vorzüglich wichtig in Betreff der juristischen Handlungsfähigkeit. Die beiden wichtigsten Altersstufen sind die Mündigkeit (Pubertät) und die Volljährigkeit oder Großjährigkeit (Majorennität). [2]) Jene beginnt beim männlichen Geschlechte mit Vollendung des vierzehnten,

---

[a]) L. 10. D. de statu hom. 1. 5. L. 15. §. 1. D. de testib. 22. 5. L. 6. §. 2. D. de lib. et post. 28. 2.

beim weiblichen Geschlechte mit Vollendung des zwölften Lebensjahres [a]) — Mündige, Mannbare, puberes; die jüngern Personen heißen Unmündige, impuberes, pupilli; — diese beginnt bei allen Personen mit Vollendung des fünfundzwanzigsten Lebensjahres [b]) — Majorenne, d. i. majores viginti quinque annis; die jüngern heißen Minderjährige, Minorenne, d. i. minores XXV. annis. — Jedoch kann ein Minderjähriger von wenigstens zwanzig Jahren, eine Minderjährige von wenigstens achtzehn Jahren durch Concession des Regenten für volljährig erklärt werden (venia aetatis [c]), wodurch sie aber gleichwohl nicht in jeder Beziehung den natürlich Volljährigen gleichgestellt werden [d]). Unter den Unmündigen werden noch unterschieden infantes, Kinder im engern Sinn, die noch nicht das siebente Lebensjahr zurückgelegt haben [3]), und infantia maiores [e]) Im Alter der Mündigkeit aber wird in gewissen Beziehungen noch eine sog. plena pubertas, mit achtzehn Jahren beim männlichen, mit vierzehn Jahren beim weiblichen Geschlechte, unterschieden [f]). Nicht allgemein nach Jahren bestimmt ist der Unterschied zwischen pubertati proximi und infantiae proximi [g]); ebenso wenig die Stufe des hohen Alters [h]), senectus [4]).

Anmerkungen: 1) Vgl. Sav. III. S 81—82. §. 106—111.

2) Im Deutschen wird Mündigkeit häufig gleichbedeutend mit Volljährigkeit genommen. Sint §. 13. Kraut Vormundschaftsrecht S. 154.

3) Vgl. darüber insbesondere gegen Unterholzner in Ztschr. f. gesch. Rtsw. I. 3. die Heidelb. Jahrb. Bd. VIII. Jahrg. 1815. S. 664 fgg. und Sav. a. a. O. S. 29—36.

4) Vgl. Thibaut im civ. Arch. VIII. 2.

---

a) L. 3. Cod. quando tut. esse desin. 5. 60. pr. J. quib. mod. tut. fin. 1. 22. b) L. 1. §. 2. 3. D. de minorib. 4. 4. cf. L. 5. Cod. quando dies leg. 6. 53 (legitima aetas). c) Cod. de his qui veniam aetatis impetraverunt. 2. 45. d) L. 3. 4. Cod. l. c. e) L. 1. §. 2. D. de admin. 26 7. L. 14. D. de sponsal. 23. 1. L. 18. pr. §. 4. Cod. de iure delib. 6. 30. cf. L. 6. D. rem. pup. 46. 6. L 8. Theod. Cod. de matern. bon. 8 18. f) L. 40. §. 1. D. de adopt. 1. 7. L. 14. §. 1. D. de aliment. leg. 34. 1. cf. L. 57. D. de re iud. 42. 1. g) §. 10. J. de inutil. stip. 3. 19. §. 18. J. de obl. ex delicto 4. 1. L. 111. pr. D. de R. J. L. 13. D. de dolo malo 4. 3. h) Z. B. L. 15. §. 2. D. de adopt. 1. 7. L. 8. D. de testib. 22. 5. L. 2. §. 1. D. de vacat. 50. 5. u. a.

§. 37.

3) Gesundheit.[1])

Auch der Mangel der körperlichen oder geistigen Gesundheit [a]) einer Person kann juristisch bedeutend werden. Es besteht aber 1) der Mangel der körperlichen Gesundheit entweder in Krankheit im engern Sinn (morbus [b]), insbesondere morbus sonticus [c]), wenn die Krankheit zu einem juristischen Geschäfte untüchtig macht), oder in einem beständigen Gebrechen des Körpers (vitium [d]), z. B. Taubheit, Blindheit, Stummheit, Zeugungsunfähigkeit (spadones, castrati, thlibiae et thlasiae [e]). 2) Die geistige Krankheit besteht in einer Störung oder Schwächung der geistigen Kräfte, vermöge deren die Person entweder einer geordneten Willensbestimmung gänzlich unfähig (mentis suae non compos), wahnsinnig [2]), blödsinnig (furiosus, demens, mente captus [f]), oder doch der Leitung und des Beistands eines Andern bedürftig ist [g]) (fatuus, stultus, simplex, auch wohl mente captus). Zu solchen geistig kranken Personen wird auch der gerichtlich erklärte Verschwender gezählt [3]) (is cui a praetore bonis interdictum est, prodigus, sc. civiliter talis [h]).

Anmerkungen: 1) Vgl. Sav. §. 112. III. S. 83—90.

2) Beim Wahnsinn sind lichte Zwischenräume möglich, in denen die Handlungsfähigkeit ungestört ist: lucida intervalla, intermissio oder remissio furoris, L. 14. D. de off. praes 1. 18. L. 22. §. 7. D. soluto matr. 24. 3. L. 6. Cod. de cur. fur. 5. 70.

3) L. 40. D. de R. J. (Pompon. lib. 34 ad Sab.) Furiosi vel eius cui bonis interdictum est, nulla voluntas est. Aber vgl. L. 19. D. de

---

a) L. 45. §. 4. D. de excusat. 27. 1. L. 20. D. de iniusto test. 28. 3. b) L. 101. §. 2. D. de V. S. c) L. 113. D. de V. S. L. 60. D. de re iud. 42. 1. L. 65. §. 1. D. de aed. ed. 21. 1. L. 46. D. de iud. 5. 1. d) L. 101. §. 2 cit. e) §. 9. J. de adopt 1. 11. u. Theoph. ad h. l. L. 2. §. 1. L. 40. §. 2. D. de adopt. 1. 7. L. 128. D. de V. S. cf. L. 6. §. 2. L. 7. D. de aed. ed. 21. 1. L. 39. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. L. 6. pr. §. 1. D. de lib. et post. 28. 2. f) §. 8. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 5. 40. D. de R. J. cf. L. 20. D. de statu hom. 1. 5. L. 25. Cod. de nupt. 5. 4. L. 28. Cod. de episcop. aud. 1. 4. tit. Dig. de curat. furiosi. 27. 10. g) §. 4. J. de curat. 1. 23. L. 45. §. 2. D. de excusat. 27. 1. L. 2. D. de postul. 3. 1. L. 19. §. 1—21. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. h) §. 3. J. de curat 1. 23. §. 2. J. quib. non est permiss. fac. test. 2. 12. cf. Gai. I. 53. Ulp. XII. 2. 3. Paul. sentt. III. 4b §. 7.

aqua et aquae pluv. 39. 3. (Sab. lib. 14 ad Qu. Muc.) Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione. L. 20. ibid. (Pomp. lib. 34 ad Sab.) Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: nulla enim voluntas errantis est. cf. L 5. §. 1. D. de acquir. her. 29. 2. L. 3. D. de novat. 46. 2.

4) Verwandtschaft.

§ 38.

a) Begriff und Arten. [a]

Verwandtschaft (cognatio) ist die gegenseitige Beziehung, welche unter zwei Personen durch Abstammung der einen von der andern oder durch Abstammung beider von demselben Dritten oder durch ein juristisch jener gleichwirkendes Ereigniß begründet ist, während unter Schwägerschaft (affinitas) nur das Verhältniß zwischen einem Ehegatten und den Verwandten des andern verstanden wird. [1]) Die Verwandtschaft ist 1) entweder eheliche oder uneheliche [b]), 2) entweder natürliche oder künstliche (Adoptivverwandtschaft [c]), 3) entweder Verwandtschaft in aufsteigender oder absteigender Linie (linea superior, ascendens, oder inferior, descendens) oder in der Seitenlinie (linea transversa, obliqua), daher Ascendenten, Descendenten, Seitenverwandte oder Collateralen [2]), die letzten aber können entweder vollbürtige oder halbbürtige seyn [3]); 4) entweder einfache oder mehrfache Verwandtschaft [4]); 5) entweder Cognation im engern Sinn oder Agnation, welche letzte aber im neuesten Justinianischen Recht ihre Wichtigkeit verloren hat. [d]) Den Grad der Verwandtschaft zwischen zwei Personen berechnet das römische Recht durchgängig nach der Anzahl der ihre Entstehung bewirkenden Zeugungen oder Generationen [e]) (computatio civilis), das canonische Recht aber in der Seitenlinie nach dem Grade der Verwandtschaft beider zu dem nächsten gemeinschaftlichen

---

a) J. de gradibus cognationum 3. 6. Dig. de gradibus et affinitatibus 38. 10. X. de consanguinitate et affinitate 4. 14. b) §. 12. 13. J. de nupt. 1. 10. Cod. de liberis natural. 5. 27. nov. 89. c) J. de adoption. 1. 11. Dig. 1. 7. Cod. 8. 48. X. de cognatione legali 4. 12. cf. X. de cognatione spirituali 4. 11. d) J. de legitima agnatorum tutela 1. 15. de legit. agnat. succ. 3. 2. — nov. 118. e) L. 1. sqq. D. h. t.

Ascendenten.[f]) Die Grade der Schwägerschaft berechnet man nach dem Grade der Verwandtschaft des einen Affinen mit dem Ehegatten des andern.

Anmerkungen: 1) Auch das Verhältniß unter den Ehegatten selbst? Frag. Vat. §. 218. 262. L. 38. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 15. Cod. de donat. ante nupt. 5. 3. Vgl. Sell im Arch. für. civ. Praxis. XXII. S. 237 fgg.

2) Respectus parentelae. §. 3. J. de nupt. 1. 10. Dirksen Beiträge. Abh. VI.

3) Nach moderner Terminologie: germani, consanguinei, uterini; nach römischem Sprachgebrauche ist auch der vollbürtige Bruder consanguineus.

4) Ueber den Unterschied der vollbürtigen und halbbürtigen Seitenverwandtschaft von der einfachen und mehrfachen Blutsverwandtschaft Hugo Mag. IV. 7. 16.

§. 39.

b) Präsumtion der Verwandtschaft.

Wer mit einer Frau in gültiger Ehe lebte, gilt vermöge juristischer Präsumtion für den Vater des Kindes, welches von jener nach Ablauf von 181 Tagen seit Eingehung der Ehe und vor Ablauf von 10 Monaten seit Auflösung der Ehe geboren ist.[1]) Pater est, quem nuptiae demonstrant.[a]) Gegen diese Vermuthung ist jedoch der Gegenbeweis zuläſſig, daß das Kind nicht vom Ehemanne erzeugt seyn könne.[2]) Die außereheliche Zeugung begründet dagegen keine wahre rechtlich wirksame Verwandtschaft des Erzeugten mit dem Erzeuger, während zwischen der Mutter und dem unehelichen Kinde allerdings wahre Cognation besteht.[b])

Anmerkungen: 1) L. 12. D. de statu hom. 1. 5. Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est; . . . et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse. — L. 3. §. 11. 12. D. de suis. 38. 16. Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et Divus Pius pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum.

---

[f]) C. 35. qu. 5. cap. 9. X. h. t.

[a]) L. 5. D. de in ius voc. 2. 4. [b]) L. 5. cit. L. 4. D. unde cognati. 38. 8. §. 12. J. de nupt. 1. 10.

2) L. 6. D. de his qui sui vel al. iur. 1. 6. Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua; placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente vel alia causa, vel (*Hal.* velut) si ea valetudine paterfamilias sit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse. cf. L. 29. §. 1. D. de probat. 22. 3. L. 11. §. 9. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. — P. §. 41.

§. 40.

5) Wohnsitz. [a]

Wohnort (domicilium) einer Person ist der Ort, welcher den Mittelpunkt ihres bürgerlichen Lebens und ihrer Geschäfte bildet. [1]) Man kann sich denselben nach seinem Belieben wählen, durch die That verbunden mit der entsprechenden Absicht (domicilium voluntarium), und so wird er auch durch entgegengesetzte That aufgehoben. [b]) Manche Personen aber haben ihren Wohnsitz gesetzlich an einem bestimmten Orte, ohne Rücksicht auf eigene Wahl (domicilium necessarium). [c]) Der Wohnort kommt in Betracht theils bei der Frage nach dem Gerichtsstand einer Person, theils bei der Frage, nach dem Rechte welches Ortes deren Rechtsverhältnisse zu beurtheilen seien? [2]) Bald mit Rücksicht auf den Wohnort, bald aber auch relativ mit Rücksicht auf andre Umstände bestimmt sich der Begriff der Anwesenheit und Abwesenheit (praesentia, absentia).

Anmerkungen: 1) L. 203. D. de V. S. ... eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisset. — L. 7. Cod. h. t. Cives quidem origo, manumissio, allectio vel adoptio facit, incolas vero domicilium. Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus

---

a) Dig. ad municipalem et de incolis 50. 1. Cod. de incolis 10. 39. b) L. 20. 27. §. 3. in f. L. 31. D. h. t. c) L. 22. §. 1. L. 38. §. 3. D. h. t. — L. 3. 4. L. 17. §. 11. ibid. — L. 23. §. 1. h. t. — L. 22. §. 3. cf. L. 27. §. 3. ibid.

est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam desiit. cf. L. 17. §. 13. L. 27. §. 1. D. h. t. Gleichzeitig mehrere Wohnsitze: L. 5. 6. §. 2. L. 27. §. 2. D. h. t. — Ueber origo und domicilium (municipes und incolae, ius originis und ius incolatus) nach römischem und heutigem Recht vgl. Sav. VIII. S. 39—66. 89—95.

2) Sav. S. 67—89 (röm. Rt.), S. 95 fgg. (heut. Rt.)

II. Von den juristischen Personen.

§. 41.

A. Nähere Bestimmung des Begriffs. Arten. [1]

Eine juristische Person ist ein Rechtssubject, das nur vermöge juristischer Fiction ohne natürliche Persönlichkeit besteht, also nur ein intellectuelles, kein natürliches Daseyn hat. Es gehört aber dazu die Anerkennung der Persönlichkeit durch das Recht, sie beruhe nun auf einem Rechtssatz oder auf einer speciellen Concession von Seiten der Staatsgewalt. Auch muß ein gewisses Substrat der juristischen Person vorhanden seyn. Dieses kann bestehen in einer Vereinigung natürlicher Personen (universitates, sc. personarum, Gemeinheiten); die wichtigste Gesammtheit dieser Art aber, der Staat selbst, wird in privatrechtlichen Beziehungen durch den Fiscus, d. i. das gesammte Staatsvermögen, als eigene juristische Person vorgestellt. [2]) Jenes Substrat kann auch sonst in einem Güterinbegriff bestehen, der zu gewissem Zwecke bestimmt ist, zu dessen Sicherung und Förderung ein eigenes, jenem Vermögen unsichtbar inwohnendes Rechtssubject angenommen wird (Stiftungen, piae causae). Und um den Uebergang des Vermögens auf die Erben zu vermitteln, wird auch die Erbschaft als juristische Person angesehen, so lange ein Erbe noch nicht wirklich eingetreten ist (hereditas iacens). Das Wesen dieser juristischen Personen aber besteht darin, daß sie als selbständige rechtsfähige Individuen in die Reihe der im Staate anerkannten Persönlichkeiten treten und als wahre Subjecte von Rechtsverhältnissen (Vermögensverhältnissen) gelten [4]), wodurch jedoch eine Verschiedenheit in dem Umfang der Rechtsfähigkeit der verschiedenen juristischen Personen nicht ausgeschlossen ist.

Anmerkungen: 1) Vgl. überhaupt Savigny §. 85—102. Bd. II. S. 235—375 und dazu Puchta in krit. Jahrb. IV. S. 701—715, im

Art. Corporation, Rechtslexikon Bd. III. S. 65—79. Institut. Bd. II. S. 266—275. Vorles. §. 25—28. Pfeiffer die Lehre von den jur. Pers. nach gemeinem und württemb. Rt. Tübingen 1847. — Dirksen über den Zustand der jur. Pers. nach R. R. in seinen civ. Abh. II. 1.

2) Sind obrigkeitliche Stellen eigene juristische Personen? L. 25. D. ad munic. 50. 1. Magistratus municipales, quum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent. — L. 56. 57. D. de legat. II. (31). Quod principi relictum est, qui, antequam dies legati cedat, ab hominibus ereptus est, successori eius debetur. — Si Augustae legaveris et ea inter homines esse desierit, deficit quod ei relictum est. cf. L. 20. §. 1. D. de annuis leg. 33. 1. — cap. 5. de rescript in 6to. Sedes ipsa (apostolica) non moritur. M. §. 196. Göschen I. S. 201. Böcking Institut. §. 62. not. 8—12. Dagegen Sav. §. 103.

3) Anderer Meinung ist Sav. §. 102. Holzschuher I. S. 262. S. dagegen Puchta Jahrb. S. 712—714 und Arndts im Rechtslexikon IV. S. 2—6. Jhering, die Lehre von der hereditas iacens, in dessen Abh. Leipz. 1844. S. 147—262.

4) L. 22. D. de fideiussor. 46. 1. Hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas. M. §. 196. „Fictas personas eas appellamus, quae, cum in oculos non incurrant, tamen mente et cogitatione informantur tamquam personae, quibus civitas tribuatur". — Ist es daher richtig, Grundstücke, sofern ihnen Servituten zustehen, mit Heise Grundriß I. §. 98. Böcking Institut. §. 62. not. 3. als jur. Personen aufzufassen? L. 5. §. 9. D. de op. novi nunt. 39. 1. L. 86. D. de V. S. L. 23. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3.

B. Von einzelnen Arten juristischer Personen insbesondere.

1) Gemeinheiten. Universitates. a)

§. 42.

a) Wesen derselben.

Eine Gemeinheit universitas b), Corporation c), ist eine juristische Person, welche durch die Vereinigung einer Mehrheit natürlicher Personen zu einem idealen Rechtssubject gebildet

a) Dig. quod cuiuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur 3. 4. ad municipalem 50. 1 et sqq., de collegiis et corporibus 47. 22. cf. Cod. de iure reipublicae 11. 29. de privilegiis corporatorum 11. 14. b) L. 1. §. 3. L. 2. D. h. t. cf. L. 1. Cod. de iudaeis. 1. 9. c) Nov. Severi tit. II. im corp. iur. anteiust. vol. II. p. 338. (publica corporatio). cf. L. 1. pr. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 7. D. de quaest. 48. 18. (corpus).

wird, z. B. die Gemeinden im engern Sinn, Städte [d]), Dörfer [e]), Zünfte und andre Collegia [f]). Die Corporation aber ist ein von ihren einzelnen Mitgliedern verschiedenes und ungeachtet des Wechsels derselben stets ein und dasselbe Rechtssubject. [g]) Die Mitglieder sind nicht pro parte Subjecte der Vermögensverhältnisse der Gesammtheit; [h]) vielmehr können sie wie fremde Personen zu dieser selbst in besondre Rechtsverhältnisse treten, wie zu andern Privatpersonen. [i]) Welche Verpflichtungen aber und welche Vortheile die Mitglieder der Corporation als solche haben, darüber gibt es keine allgemeine Regel.

Anmerkung: Ueber den Unterschied von der Gesellschaft vgl. Pfeiffer S. 56—90, über den Umfang der Rechtsfähigkeit der Corporation S. 98—112.

§. 43.

b) Vertretung der Gemeinheit.

Damit die Corporation, die keinen natürlichen Willen hat, [a]) juristischer Handlungen fähig werde, bedarf es einer Vertretung derselben durch natürliche Personen, so daß, was diese als Repräsentanten jener beschließen und thun, als Beschluß und Handlung der Corporation gilt. [b]) Die Art und Weise dieser Vertretung wird zunächst durch die Verfassung der Corporation bestimmt, worüber das gemeine Civilrecht keine allgemeinen Normen enthält. [1]) Das Recht, Beschlüsse zu fassen und Geschäftsführer zu wählen, soll aber jeder Corporation zustehen; [c]) man muß daher, in Ermanglung einer besondern Verfassungsnorm, die sämmtlichen willensfähigen Mitglieder der Corporation als

---

d) Respublicae, civitates, municipes. L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. L. 16. D. de V. S. L. 2. D. de poss. 41. 2. e) Vici. L. 73. §. 1. D de legat. I. (30). L. 2. §. 5. Cod. de iureiur. propt. cal. 2. 59. cf. L. 30. D. ad municip. 50. 1. f) L. 1. pr. D. h. t. L. 10. §. 4. D. de in ius voc. 2. 4. L. 17. §. 3. L. 41. § 3. D. de excus. 27. 1. g) L. 7. §. 2. D. h. t. cf. L. 76. D. de iud. 5. 1. h) L. 1. §. 1. L. 2. 7. pr. §. 1. D. h. t. L. 27. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. pr. L 6. §. 1. D. de div. rer. 1. 8. L. 10. §. 4. D. de in ius voc. 2. 4. L. 1. §. 7. D. de quaest. 48. 18. i) L. 9. D. h. t. L. 1. §. 15. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

a) L. 1. §. ult. D. de poss. 41. 2. b) L. 97. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 1. §. 1. D. de libert. univ. 38. 3. L. 14. D. ad munic. 50. 1. c) L. 1. §. 1. D. h. t. L. 4. D. de colleg. et corp.

die natürlichen Repräsentanten derselben ansehen, und die Entscheidung der Mehrheit derselben [2]) als Beschluß der Gesammtheit gelten lassen [d]), dessen Wirksamkeit jedoch noch durch die Obervormundschaft des Staats beschränkt werden kann. [3])

Anmerkungen: 1) Corporationen mit ausgebildeter Verfassung nennt man unrömisch universitates ordinatae, andere inordinatae.

2) Dagegen Pfeiffer S. 92. — Ist die Mehrheit Aller erforderlich, oder genügt nach gehöriger Berufung Aller die Mehrheit der erschienenen Mitglieder? L. 19. D de tut. dat. 26. 5. Wening Ingenheim I. §. 102. — Muß wenigstens eine gewisse Anzahl der Mitglieder an der Abstimmung Theil genommen haben? L. 3. 4. D. h. t. L. 2. 3. D. de decretis. 50. 9. L. 45. (46.) Cod. de decurion. 10. 31. Vgl. Kierulff I. S. 139. Sav. §. 96. 97.

3) Vgl. Sav. §. 98—100.

§. 44.

c) Entstehung von Gemeinheiten.

Eine Universitas entsteht durch die Vereinigung Mehrerer für einen gemeinschaftlichen Zweck zu einer Gesammtheit, unter Anerkennung ihrer juristischen Persönlichkeit von Seiten des Staats [a]), welche aber auch schon durch einen Rechtssatz gegeben seyn kann, und andrerseits noch nicht in jeder bloß polizeilichen Genehmigung enthalten ist. [1]) Zur Bildung eines Collegiums sollen anfangs wenigstens drei Theilnehmer vorhanden seyn. [2])

Anmerkungen: 1) Vgl. Sav. II. S. 275 fgg. und Puchta im Rechtsler. III. S. 67. 68. Sint. §. 15. n. II.

2) L. 85. D de V. S. Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est. P. §. 28. not. m. Vgl. Pfeiffer S. 28.

§. 45.

d) Aufhebung von Gemeinheiten.

Eine Universitas kann aufgehoben werden 1) dadurch, daß alle Mitglieder derselben durch Tod oder rechtmäßigen Austritt wegfallen; [1]) 2) dadurch, daß ihr die Anerkennung der juristischen Persönlichkeit von Seiten des Staates entzogen wird, was bei beschränkter Ertheilung derselben auch unter Umständen von selbst eintreten kann; nicht auch 3) unmittelbar durch Beschluß

---

d) L. 160. §. 1. D. de R. J. L. 19. D. ad municip. L. 5. §. 1. Cod. de legation. 10. 63.

a) L. 1. D. h. t. L. 3. §. 1. D. de colleg.

der Corporationsglieder.[2]) Das Vermögen der aufgelösten Corporation muß man consequent als bona vacantia ansehen. Aber die wohlerworbenen Rechte Einzelner in Ansehung desselben dürfen nicht beeinträchtigt werden.[3])

Anmerkungen: 1) L. 7. § 2. D. h. t In universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis. Vgl. Sav. S. 280. P. §. 28. not. 5. Sint. §. 15. not 29.

2) Puchta a. a. O. S. 73. Vgl. Sav. II. S. 279. 341. 348. Kierulff I. S. 144. Göschen I. §. 65. — Aufhebung durch richterliche Verfügung? M. §. 197.

3) Vgl. darüber Puchta a. a. O. S. 73 fg. Sav. II. S. 342. Thibaut civ. Abh. XVIII. Haubold (s. Gaudlitz) opusc. II. p. 546—620. cf. p. LXIII—LXXIX. Kori in Langenn und Kori's Erörtr. Leipzig 1830. n. 1. 2. Brackenhoeft im Rechtsler. IV. S. 537—541.

§. 46.

2) Stiftungen. a)

Wenn Güter zu einem frommen oder gemeinnützigen Zwecke bestimmt werden, so kann daraus eine eigene juristische Person entstehen [1]), die als Subject eben jenes Vermögens gilt, Stiftung, pia causa. [2]) Es bedarf dazu gemeinrechtlich nicht in jedem Fall einer speciellen Ertheilung der Persönlichkeit [3]); für einen anerkannt zulässigen Zweck kann durch rechtsbeständige Privatbestimmung sofort eine solche juristische Person geschaffen werden.[4])

Anmerkungen: 1) Anderer Meinung Roßhirt im civ. Arch. X. 13. Vangerow Pandecten §. 60. Vgl. dagegen Sav. II. S. 262—272. Puchta Vorles. II. S. 61.

2) Pia causa bezeichnet zunächst nur den Zweck einer Disposition. L. 19. 28. 46. 49. Cod. h. t. L. 34. Cod. de donat. 8. 54. nov. 131. cap. 12. Man braucht darnach das Wort auch für die juristische Person, die man noch bestimmter durch pium corpus bezeichnet.

3) Anderer Meinung sind die meisten mit Savigny S. 276 fgg. Mühlenbruch rechtliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles, Halle 1828, und Fortsetzung von Glücks Comment. Bd. 40. S. 1 fgg.

4) Arg. L. 24. 28. 49. Cod. h. t. — L. 46. ibid. (lex restituta). nov. 131. cap. 10. 11. 15. — Northoff die Gültigkeit der Erbeseinsetzung

a) Cod. de episcopis et clericis et orphanotrophis et xenodochis et brephotrophis et ptochotrophis etc. 1. 3.

einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Testament des weiland Blum. Götting. 1833. Puchta §. 28. Vorles. I. S. 64. 65. und in krit. Jahrb. IV. S. 707—712. Kierulff I. S. 150—152. Arndts im Rechtslexikon III. S. 915. 916.

§. 47.

3) Der Fiscus. a)

Fiscus heißt das gesammte Staatsvermögen als juristische Person gedacht, d. i. eigentlich der Staat selbst als Subject von Vermögensverhältnissen. Der Fiscus hat nicht nur die vollkommenste Vermögensrechtsfähigkeit, sondern genießt auch vieler Vorrechte vor andern Personen. Sonst aber sind regelmäßig die allgemeinen Vorschriften des Vermögensrechts auch auf den Fiscus anwendbar [b]).

Anmerkung: L. 10. D. h. t. Non puto delinquere eum qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit. P. §. 26. not. e. Vorles. S. 57.

Drittes Capitel.

Von den Rechtsobjecten oder Sachen.

§. 48.

I. Juristischer Begriff der Sache. a)

Sache (res) ist im weitern Sinn alles, was bloß gegenständliche Bedeutung im Rechte hat [b]), im engern Sinn ein körperlicher für sich bestehender Gegenstand [c]), woraus sich von selbst ergibt, daß der Eintheilung der Sachen in körperliche und unkörperliche [d]) die weitere Bedeutung zum Grunde liegt [1]). Der natürliche Begriff der Sache ist aber im Recht auf ähnliche Weise erweitert, wie der natürliche Begriff der Person; wie

---

a) Dig. de iure fisci 49. 14. Cod. 10. 1. cf. Theod. Cod. 10. 1. Paul. sentt. 5. 12. Fragm. de iure fisci. b) L. 3. Cod. de fiscal. usur. 10. 8. L. 2. Cod. ne uxor pro mar. 4. 12.

a) J. de rerum divisione 2. 1. Dig. 1. 8. cf. Gai. II. 2—39. b) L. 5. pr. L. 23. D. de V. S. cf. L. 88. 178. pr. L. 222. ibid. c) pr. §. 11. sqq. J. h. t. cf. tit. D. de rei vindicatione 6. 1. d) J. de rebus corporalibus et incorporal. 2. 2. L. 1. §. 1. D. h. t.

eine Mehrheit natürlicher Personen ein Rechtssubject bilden kann (universitas sc. personarum), so wird auch wohl ein Inbegriff mehrerer einzelner Sachen[2]) (universitas rerum[3]), Sachgesammtheit, als ein Rechtsobject, als ein Collectiv-Ganzes, behandelt.[4]) Und wie so eine Mehrheit körperlicher Sachen im Recht bisweilen als eine Sache erscheint, so kann auch ein Inbegriff von körperlichen und unkörperlichen Sachen, ein Inbegriff von Vermögensverhältnissen, als ein Ganzes (universitas) aufgefaßt werden[e]) (sog. universitas iuris[5]).

Anmerkungen: 1) L. 1. §. 1. cit. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis etc. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus et obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Vgl. Ulp. XIX. 11. ususfructus, hereditas, tutela legitima. L. 18. §. 2. D. de her. pet 5. 3. res hereditarias, sive iura sive corpora sint. L 13. §. 1. D. de damno infecto 39. 2. sive corporis dominus sive qui ius habet, utputa servitutem. Fragm. Vat. §. 92. sicut corpora vindicanti ita et ius. L. 4. §. 27. D. de usucap. 41. 3. nec possideri intelligitur ius incorporale. L 3. Cod. de quadr. praescript. 7 37. res sive mobiles sive immobiles seu se moventes vel iura incorporalia.

2) L. 30. pr. D. de usucap. 41. 3. Tria autem sunt genera corporum: unum quod continetur uno spiritu et graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum quod ex contingentibus, hoc est, pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex.

3) L. 70. §. 3. D. de usufr. 7. 1. Quoties gregis vel armenti vel equitii, i. e. universitatis ususfructus legatus est (non singulorum capitum). cf. L. 23. pr. D. de usucap. (universitas aedium). L. 2. § 6. D. pro emt. 41. 4. (universitas fundi). L. 51. §. 1. D. locati. 19. 2. (universitas consummationis).

4) §. 18. J. de legat. 2. 20. Est gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus. Cf. L 21. 22. D. de legat. I. (30). L. 1. §. 3. L. 3 pr. D. de rei vind.

---

e) L 64. D. de legat. III. L. 40. D. de peculio. 15. 1. L. 20. §. 10. D. de her. pet. 5. 3. L. 208. D. de V. S.

6. 1. L. 13. pr. L. 34. pr. D. de pign. 20. 1. L. 30. §. 2. D. de usucap. 41. 3. Vgl. Warnkönig im civ. Arch. XI. S. 179. Dagegen Puchta Inst. II. S. 491—493. Wächter Hdb. II. S. 234 fgg. und Erörtr. I. S. 1—35.

5) L. 20. §. 10. cit. „in hereditate . . . et in peculio castrensi vel alia universitate". Glossa ad L. 1. §. 8. D. quando de peculio. 15. 2 „Peculium est universitas incorporea et iuris, in qua actiones continentur; sed illud verum est de corpore aliquo aut corporea universitate, ut equitio." — Die Regel: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei? Vgl. Hasse über universitas iuris et rerum im civ. Arch. V. 1. Mühlenbruch über sog. iuris et facti universitates im Arch. XVII. 12.

§. 49.

II. Rechtsfähigkeit der Sachen.

Nicht alle körperlichen Sachen sind fähig, Gegenstand von Rechten der Privatpersonen und daher Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs zu seyn (res in commercio); manchen Sachen ist diese Fähigkeit entzogen (res extra commercium), während andre nur zufällig sich nicht im Eigenthum von Privatpersonen befinden (nullius in bonis sunt), aber wohl darin sich befinden könnten.[a]) Zu jenen gehören: 1) res divini iuris, sacrae und religiosae[b]), 2) res naturali iure omnium communes (aer, aqua profluens, mare et per hoc litora maris,[c]) wovon jedoch einzelne Theile wohl durch Ausscheidung, so lange diese factisch besteht, die Eigenschaft einer res in commercio annehmen können;[d]) 3) res publicae im engern Sinn, d. i. solche, welche, im Eigenthum des Staats befindlich, zu öffentlichem Gebrauche bestimmt sind (quae in publico usu habentur, non in pecunia vel patrimonio populi), als öffentliche Straßen, Plätze, Flüsse, Häfen, Brücken u. dgl.[e]) Außerdem ist in Ansehung mancher

a) §. 12—16. 18. 47. J. h. t. b) §. 7—9. J. h. t. L. 1. pr. 6. §. 2—5. L. 9. pr. — §. 2. D. h. t. L. 21. Cod. de sacrosanct. eccles. 1. 2. tit. Dig. de religiosis 11. 7. Cod. 3. 44. (res sanctae, §. 10. J. l. c. L. 8. 9. §. 4. 5. L. 11. D. h. t.) c) §. 1. 3. 5. J. h. t. L. 2—4. D. h. t. L. 96. pr. D. de V. S. d) L. 5. §. 1. L. 6. pr. L. 10. D. h. t. L. 14. pr. §. 1. L. 30. §. 4. D. de acquir. dom. 41. 1. e) §. 2. 4. J. h. t. L. 4. §. 1. L. 5. pr. D. h. t. cf. L. 15—27. D. de V. S. — tit. Dig. de locis et itineribus publ. 43. 7. et sqq., de via publica 43. 10. sq., de fluminibus 43. 12 et sqq.; P. §. 35. 35 a).

Sachen aus Rücksichten des öffentlichen Wohls der Verkehr beschränkt oder untersagt. [f]) Der Körper einer freien Person wird juristisch nicht als Sache betrachtet. [g])

III. Juristisch bedeutende natürliche Verschiedenheiten der Sachen.

§. 50.

A. Beweglichkeit und Unbeweglichkeit.

Unbewegliche Sachen, res immobiles, sind nur Grundstücke, fundi, praedia, [a]) d. i. begränzte Theile des Erdbodens, solum, res soli, [b]) von denen aber zugleich die darin wurzelnden Pflanzen, [c]) sowie die darin gefesteten Gebäude [d]) integrirende Bestandtheile bilden. [1]) Alle andern Sachen sind bewegliche, res mobiles, moventes. [e]) Wird diese Unterscheidung auf Vermögen überhaupt bezogen [2]) (bewegliches und unbewegliches Vermögen), so muß man Sachenrechte, je nachdem sie eine bewegliche oder unbewegliche Sache zum Gegenstande haben, zu dem einen oder zum andern zählen; [3]) Rechte, die mit einer unbeweglichen Sache verbunden sind, gehören natürlich auch zum unbeweglichen Vermögen; Forderungen aber sind regelmäßig vielmehr zum beweglichen Vermögen zu rechnen. [4])

Anmerkungen: 1) Arborum quae fundo continentur non est separatum corpus a fundo. (not. c.) — Superficies oder omne quod inaedificatur solo cedit. (not. d.)

2) Die R. Rechtsquellen beziehen dieselbe nur auf körperliche Sachen. L. 7. §. 4. D. de peculio. 15. 1. res mobiles, soli, nomina debitorum. L. 15. §. 2. D. de re iud. 42. 1. res mobiles, soli, iura. L. 2. 3. Cod. de quadr. praescript. 7. 37. res sive mobiles, sive immobiles seu se moventes, vel in actionibus aut quocunque iure constitutas (vel iura incorporalia).

3) Vgl. L. un. §. 1. Cod. de usucap. transform. 7. 31. res quae immobiles sunt vel esse intelliguntur.

---

f) L. 4. §. 1. D. fam. ercisc. 10. 2. Cod. quae res venire non possunt. 4. 40. quae res exportari non debeant. 4. 41. g) L. 6. pr. D. de contr. emt. 18. 1. L. 83. §. 5. D. de V. O. 45. 1.

a) L. 211. 215. cf. L. 241. D. de V. S. b) L. 1. §. 3. 4. 6. L. 3. §. 15. D. de vi. 43. 16. L. 1. §. 1. D. usufr. quemadm cav. 7. 9. c) L. 40. D. de act. emt. vend. 19. 1. L. 44. D. de rei vind. 6. 1. d) L. 7. §. 10. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 44. §. 1. D. de o. et a. 44. 7. L. 50. D. ad leg. Aquil. 9. 2. e) L. 93. D. de V. S.

4) Vgl. jedoch L. 15. D. de R. J. Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur. L. 143. D. de V. S. Habetur quod peti potest. — Clem. 1. de V. S. Cumque annui reditus inter immobilia censeantur a iure etc.

§. 51.

B. Vertretbarkeit.

Sachen können bei Rechtsverhältnissen entweder als individuell bestimmte in Betracht kommen, species, certum corpus, oder als nur nach der Gattung bezeichnete Objecte, genus, incertum corpus. [a]) Es gibt aber Sachen, bei denen ihrer Natur nach die Species gleichgültig sind, quae communi specie continentur, [b]) bei denen es nur auf Quantität und Qualität [c]) ankommt, res quae pondere numero mensura valent oder consistunt. [d]) Diese heißen vertretbare Sachen im vorzüglichen Sinn, res fungibiles, [1]) und werden juristisch von andern bloß nach dem Genus bestimmten Sachen, Gattungssachen, wohl unterschieden, [2]) obgleich auch sie keineswegs überall als vertretbare behandelt werden. [e]) Eine vorzüglich wichtige vertretbare Sache ist Geld, pecunia, nummi. [3])

Anmerkungen: 1) L. 2. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero, mensura, consistunt — quia (*Hal.* quae) in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis quam specie. Diese Stelle hat den Anlaß zur Bildung des Wortes res fungibiles gegeben. Zasius ad §. 30. J. 4. 6. Vgl. choses fongibles Code civ. art. 1291. Die Bezeichnung „vertretbare Sachen", nach Zachariä fast allgemein geworden, wird vermieden von P. §. 36, mißbilligt von Sav. VI. S. 123, welcher dafür den Ausdruck „Quantitäten" setzt.

2) L. 1. §. 7. cit. Et omne quod ex bonis defuncti erogatur, refertur ad hanc legem: sive in corpore constet certo incertove, sive pondere, numero, mensura valeat, aut etiam si ius legatum sit, ut ususfructus, aut quod in nominibus est. cf. L. 2. §. 1. cit. Gai. II. 196. Ulp. XXIV. 7. — Wächter Hdb. II. S. 227—234.

---

a) L. 54. D. de V. O. 45. 1. L. 6. pr. D. de rei vind. 6. 1. L. 1. §. 7. D. ad leg. Falcid. 35. 2. b) L. 29. D. de solut. 46. 3. cf. L. 26. Cod. de usur. 4. 32. c) L. 34. §. 3. D. de legat. I. (30). L. 7. pr. D. de except. rei iud. 42. 1. d) L. 1. §. 7. cit. L. 30. pr. L. 34. §. 6. D. de legat. I. L. 42. D. de iure dot. 23. 3. e) L. 30. §. 6. L. 34. §. 4. D. de legat. I. L. 37. D. de V. O. 45. 1.

3) Hermann, staatswirthschaftliche Untersuchungen S. 4. 66. fgg. — P. §. 38.

§. 52.

C. Verbrauchbarkeit.

Sachen, deren ordentliche ihrer Bestimmung entsprechende Benützung nothwendig mit der Vernichtung ihrer Substanz oder Integrität verbunden ist, res quae usu consumuntur,[a]) heißen verbrauchbare (barb. res usu-consumtibiles). Dazu wird auch das Geld gerechnet, in Ansehung dessen das Ausgeben dem Verzehren gleich zu achten ist.[b])

§. 53.

D. Theilbarkeit.

Während nach dem Naturgesetz alle Körper ins Unendliche theilbar sind, gelten juristisch doch als untheilbar diejenigen Sachen, welche ohne Zerstörung ihres Wesens nicht in mehrere Ganze zerlegt werden können,[1]) und diesen werden verglichen solche Sachen, bei denen eine Zertheilung nicht ohne unverhältnißmäßige Minderung ihres Werthes möglich ist.[2]) Eine andere Frage ist es, ob eine Sache nach räumlich unterschiedenen Theilen (partes pro diviso) dem Rechte verschiedener Personen unterworfen seyn könne? Dieß wird anerkannt bei Grundstücken,[3]) nicht bei beweglichen Sachen, die noch als natürliche Ganze bestehen;[4]) doch kann wohl eine Sache, die, an sich ein selbständiges Ganzes, aber als Theil einer zusammengesetzten Sache verwendet, mit dieser zwar körperlich aber nicht wesentlich zusammenhängt, einem Andern gehören als dem Eigenthümer des zusammengesetzten Ganzen.[a]) Dagegen kann eine jede eigenthumsfähige Sache, bewegliche oder unbewegliche, dergestalt unter Mehrere getheilt gedacht werden, daß allen die ganze Sache, aber jedem nur zum Theile, also keinem von ihnen irgend ein bestimmter reeller Theil ausschließlich gehört,

---

a) tit. D. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. 7. 5. §. 2. J. de usufr. 2. 4. b) §. 2. J. l. c. L. 11. in f. — L. 13. pr. D. de reb. cred. 12. 1.

a) L. 23. §. 6. 7. D. de rei vind. 6. 1.

res plurium communis pro partibus indivisis oder pro indiviso. [b]) Diese sogenannte intellectuelle Theilung ist aber eigentlich nicht eine Theilung der Sache, sondern eine Theilung des Rechtes an derselben, des Rechtsinhalts, [5]) und in diesem Sinn sind auch andere Rechte, außer dem Eigenthum, unkörperliche Sachen, aber nicht alle, theilbar. [c])

Anmerkungen: 1) Res naturaliter indivisae, L. 26. §. 2. D. de legat. I.; quae sine interitu dividi non possunt, L. 35. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. quae divisionem non recipiunt, utputa partus ancillae, L. 31. §. 6. D. de aedil. ed. 21. 1. cf. §. 5. J. de off. iud. 4. 17. Nicht dahin gehören Quantitäten fungibler Sachen, L. 29. D. de solut. 46. 3.

2) L. 26. §. 2. cit. sin autem vel naturaliter indivisae sunt, vel sine damno divisio earum fieri non potest. cf. L. 34. §. 2. Cod. de donat. 8. 54. res dividi sine suo periculo possibilis.

3) L. 6. §. 1. D. commun. praed. 8. 4. fundus regionibus divisus. L. 26. D. de poss. 41. 2. locus certus ex fundo. L. 25. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. certa pars. cf. L. 25. §. 1. D. de V. S.

4) L. 8. D. de rei vind. 6. 1. Pomp. probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum; nam tunc sine dubio at a te et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse, et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili neque in hereditatis petitione locum habet; nunquam enim pro diviso possideri potest. — L. 19. pr. D. commun. div. 10. 3. Arbor quae in confinio nata est, item lapis, qui per utrumque fundum extenditur, quamdiu cohaeret fundo, e regione cuiusque finium utriusque sunt nec in communi dividundo iudicium veniunt; sed quum aut lapis exemtus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet. Cf. L. 83. D. pro socio. 17. 2. L. 36. D. de s. p. u. 8. 2. Vgl. Puchta Institut. II. S. 489 fgg. 550 fgg.

5) L. 5. D. de stip. serv. 45. 3. Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore. L. 66. §. 2. D. de legat. II. Plures in uno fundo dominium iuris intellectu, non divisione

---

b) L. 25. §. 1. D. de V. S. L. 26. D. de poss. 41. 2. L. 8. D. de rei vind. 6. 1. (Anm. 3. 4.) c) L. 25. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 1. §. 9. D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 2. 72. 85. D. de V. O. 45. 1.

corporis obtinent. — L. 64. §. 4. D. de evictíon. 21. 2. Qui unum iugerum pro indiviso solum habuit, secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam iugeri. — L. 5. §. 15. D. commodati. 13. 6. Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partes corporis dominum, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. Vgl. Kierulff I. S. 324—328. — Wächter im civ. Arch. XXVII. 4.

IV. Verhältniß zu andern Sachen.

§. 54.

1) Pertinenzen.

Pertinenzen [1]) (Zubehör) heißen solche Sachen, welche als zu einer andern gehörend, als Theile einer andern, behandelt werden, so daß eine rechtliche Verfügung über die Hauptsache stillschweigend auch auf jene sich erstreckt. [2]) Die Pertinenzqualität beruht auf der Verbindung, in welche eine Sache mit einer andern durch ihre Bestimmung für diese gesetzt ist, indem sie eben als Nebensache den Zwecken dieser Hauptsache fortwährend zu dienen bestimmt [3]) und dazu wirklich verwendet [4]) ist. In diesem Verhältniß können sowohl unbewegliche Sachen zu einer andern unbeweglichen Sache stehen, [a]) als auch bewegliche Sachen zu einer andern beweglichen [b]) oder unbeweglichen Sache; [c]) unmittelbar körperliche oder mechanische Verbindung ist dazu weder überall erforderlich noch überall genügend. [5])

Anmerkungen: 1) Vgl. L. 13. §. 31. — L. 18. D. de action. empti. 19. 1. L. 40. §. 6. L. 47—49. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 241. 245. D. de V. S. Funke die Lehre von den Pertinenzen. Chemnitz 1827. Kierulff Civilrt. I. S. 330—338. Wächter Handb. II. S. 242—259.

2) L. 13. §. 31. cit. Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur, utputa puteal.

3) L. 17. §. 7. D. l. c. Ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii; utputa fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium; verumtamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt.

---

a) L. 91. § 3. 5. 6. D. de legat. III. L. 52. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. b) L. 3. §. 11. L. 4. pr. D. de penu legata. 33. 9. c) L. 17. pr. et sqq. D. de act. emti. 19. 1.

4) L. 18. §. 1. D. l. c. Tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi gratia allatae sunt, in rutis et caesis habentur; aliud iuris est in his, quae detractae sunt, ut reponerentur; aedibus enim accedunt. cf. L. 17. §. 10. 11. ibid.

5) Nicht alles, was erd-, wand-, band-, nied- oder nagelfest ist, ist Pertinenz eines Gebäudes. L. 17. pr. D. l. c. Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet. Aedium autem multa esse, quae aedibus affixa non sunt, ignorari non oportet, utputa seras, claves, claustra. Multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villae haberi, utputa vasa vinaria, torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent.

§. 55.

2) Früchte. [a])

Früchte im natürlichen Sinn (fructus naturales) sind die natürlichen Erzeugnisse, welche von einer Sache gewonnen werden. [1]) So lange dieselben noch mit der Hauptsache verbunden sind, fructus pendentes oder stantes, bilden sie nur einen Theil derselben, [b]) und können daher für sich nur als künftige Sachen Gegenstand von Rechtsverhältnissen seyn; [c]) erst durch die Trennung von der Hauptsache fangen sie als selbständige Sachen zu existiren an, fructus separati, oder wenn sie von Jemand eingenommen sind, percepti. [d]) Früchte, die hätten gewonnen werden können und sollen, nennt man fructus percipiendi, ziehbare Früchte, besser: versäumte oder vernachlässigte Früchte. Je nachdem die Entstehung der Früchte durch Zuthun eines Menschen herbeigeführt ist oder nicht, kann man fructus mere naturales und industriales unterscheiden. [e]) Juristisch wird aber als Frucht auch jeder Gewinn behandelt, welchen man anders als durch natürliche Erzeugnisse aus einer Sache zieht, [2]) insbesondere als Aequivalent für den von einem Andern ausgeübten Genuß der Sache [3]) (fructus civilis). [4]) Dahin gehören namentlich auch Zinsen, usurae, als Entgelt für den Genuß von Quantitäten fungibler Sachen.

---

a) Dig. de usuris et fructibus 22. 1. b) L. 44. D. de rei vind. 6. 1. L. 27. pr. D. de usufr. 7. 1. c) L. 15. pr. D. de pignor. 20. 1. d) L. 25. §. 1. D. h. t. L. 13. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 78. D. de rei vind. 6. 1. e) L. 45. D. h. t. L. 48. pr. D. de acquir. dom. 41. 1.

Anmerkungen: 1) Jedoch: L. 28. D. h. t. Partus vero ancillae non est in fructu; absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit. L. 27. pr. D. de her. pet. 5. 3. quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant. L. 68. pr. D. de usufr. 7. 1. neque enim in fructu hominis homo esse potest. P. §. 37. not. a.

2) L. 26. D. h. t. Julianus venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet. — L. 49. ibid. Fructus rei est vel pignori dare licere.

3) L. 36. D. h. t. Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. L. 29. D. de her. pet. 5. 3. Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum: operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones; item vectura navium et iumentorum. L. 34. D. h. t. usurae vicem fructuum obtinent. cf. L. 121. D. de V. S.

4) L. 62. D. de rei vind. 61. vectura sicut usura, non natura pervenit, sed iure percipitur. — Vgl. überhaupt Heimbach die Lehre von der Frucht. Leipzig 1843. Wächter Hdb. II. S. 259—269. Erörtr. I. 3. Sav. VI. S. 101 fgg.

Viertes Capitel.

Von Entstehung und Endigung der Rechte.

§. 56.

I. Von Entstehung der Rechte im Allgemeinen.

Entstehung eines Rechts ist Erwerbung desselben für eine bestimmte Person; es wird dazu irgend ein Umstand oder Zusammentreffen verschiedener Umstände, womit das Recht im objectiven Sinne jene Wirkung verbindet, vorausgesetzt. Der Erwerb ist häufig so beschaffen, daß ein Recht, welches bisher schon Jemand hatte, nur von diesem auf einen andern, als materiell dasselbe Recht, übergeht. Geschieht dieses so, daß der Erwerb geradezu auf das bisherige Recht einer bestimmten Person sich gründet, also auch nur stattfindet, insofern dieser jenes Recht wirklich zustand, so ist der Erwerb ein abgeleiteter oder derivativer Erwerb, das Verhältniß des neuen Erwerbers zu dem bisherigen Inhaber des Rechts ist das der Rechtsnachfolge, Succession; der Erwerber ist Successor, Rechtsnachfolger des bisher Berechtigten; dieser ist Auctor, Rechtsurheber für den

ersten. Die Succession aber kann sich entweder auf einzelne Sachen oder Vermögensobjecte als einzelne beziehen (successio in rem, in singulas res, in singularum rerum dominium, Singularsuccession), oder zunächst eine Gesammtheit von Vermögensverhältnissen zum Gegenstande haben [1]) (successio per universitatem, Universalsuccession), [a]) und die letzte kann entweder bloß Succession in eine Gesammtheit von Rechten seyn, eine bloße acquisitio per universitatem, [b]) oder Succession in eine Gesammtheit von Vermögensverhältnissen, Verbindlichkeiten wie Rechte, successio in omne ius oder in universum ius, in universa bona, z. B. defuncti. [c]) Obgleich übrigens die Regel gilt: neminem plus iuris in alium transferre posse, quam ipse habet, [d]) so kann doch wohl Jemand einem Andern ein Recht einräumen, welches er selbst als ein Recht dieser Art nicht hatte, z. B. der Eigenthümer ein ius in re aliena; daher denn manche eine translative und constitutive Uebertragung von Rechten unterscheiden.

Anmerkung: 1) Ueber die Kennzeichen der Universalsuccession vgl. vorzüglich Hasse im Arch. V. 1. (§. 48. Anm. 5) und Savigny II. S. 8—21, insbesondere über den Sprachgebrauch der Quellen S. 17—21.

§. 57.

II. Von Endigung der Rechte im Allgemeinen.

Rechte können, ganz oder theilweise, theils durch Handlung des Berechtigten selbst, theils durch mannichfaltige andere Umstände aufgehoben werden. Eine Handlung des Berechtigten, oder im Namen desselben, welche die Aufhebung eines Rechtes zum Ziele hat, heißt überhaupt Veräußerung, alienatio, im weitern Sinn. [a]) Diese kann verbunden seyn mit der Uebertragung des Rechts auf einen Andern. Das Aufgeben eines Rechts schlechthin aber heißt insbesondere Verzichtleistung, renun-

---

a) L. 1. §. 13. D. quod legat. 43. 3. L. 3. §. 1. D. de except. rei vend. 21. 3. L. 7. in f. L. 8. D. de iureiur. 12. 2. b) §. 6. J. per quas person. nob. acquir. 2. 9. §. 1. J. de acquisit. per arrogat. 3. 10. Gai. III. 82—84. c) L. 24. [illegible] V. S. L. 208. ibid. L. [illegible] 37. D. de acquir. hered. 29. 2. L. [illegible] 24. §. 1. D. damni infecti. 39. 2.

a) L. 28. D. de V. S. 50. 16.

tiatio.[b]) Auch ein Privilegium insbesondere, im engern wie im weitern Sinn, kann durch Verzicht aufgehoben oder seine Anwendung im einzelnen Falle dadurch ausgeschlossen werden.[c]) Außerdem können Privilegien erlöschen durch Wegfallen der wesentlichen Voraussetzungen ihrer Ertheilung, also namentlich durch den Tod der Person oder Untergang der Sache, der sie verliehen, oder durch Endigung des Verhältnisses, womit sie verbunden sind;[d]) ferner auch durch Widerruf von Seiten der Staatsgewalt, welcher jedoch, wo nicht das Privilegium auf Widerruf ertheilt ist,[e]) oder der Mißbrauch die Strafe der Entziehung begründet,[f]) nur aus Gründen, welche überhaupt einen Eingriff in Privatrechte rechtfertigen, und nicht ohne Entschädigung stattfinden soll,[1]) endlich durch den Tod des Verleihers, wenn sie ad suae voluntatis beneplacitum verliehen sind.[2])

Anmerkungen: 1) Anderer Meinung ist Kierulff I. S. 58—61. „Es ist die Natur des Privilegs, von der Staatsgewalt abhängig zu seyn, weil es die Momente des Gesetzes und des Rechts in sich vereinigt."

2) Cap. 5. cit. Si gratiose tibi a Romano pontifice concedatur, ut beneficia, quae tempore tuae promotionis obtinebas, posses ad suae voluntatis beneplacitum retinere, huiusmodi gratia per eius obitum, per quem ipsius beneplacitum omnino extinguitur, eo ipso expirat. Secus autem, si usque ad apostolicae sedis beneplacitum gratia concedatur praedicta. Tunc enim, quia sedes ipsa non moritur, durabit perpetuo, nisi a successore fuerit revocata.

III. Von Handlungen in Beziehung auf Entstehung und Endigung von Rechten.

§. 58.

A. Begriff und Arten.

Handlung ist eine in der Sinnenwelt hervortretende Aeußerung des Willens.[a]) Sie ist 1) entweder positive oder nega-

b) L. 11. Cod. de reb. cred. 4. 1. L. 4. §. 4. D. si quis caut. 2. 11. cap. 3. 5. X. de renuntiat. 1. 9. c) L. 41. D. de minor. 4. 4. L. 29. Cod. de pact. 2. 3. L. 1—3. Cod. de his qui sponte mun. publ. 10. 43. — cf. cap. 12. X. de foro compet. 2. 2. d) L. 1. §. 1. 2. L. 4. D. de iure immun. 50. 6. e) cap. 5. de rescriptis in [illegible] 1. 3. f) L. 3. C[illegible]eductu. 11. 42. can. 7. Dist. 74. cap. [illegible]. 24. X. de privilegiis et excessibus [illegible]

[illegible]V. S. L. 18. D. de poenis. 48. 19.

tive Handlung, Handlung im engern Sinn oder Unterlassung, Omissivhandlung; 2) entweder erlaubte oder unerlaubte (rechtswidrige) Handlung. Alle diese können juristische Wirkungen haben. Handlungen aber, deren Zweck und Absicht wesentlich eine juristische Wirkung ist, heißen insbesondere Rechtsgeschäfte.

B. Erfordernisse der Handlungen.

§. 59.

1) Handlungsfähigkeit.

Die Handlung setzt vor Allem voraus Willensvermögen in dem Handelnden.[1]) Also sind handlungsunfähig 1) juristische Personen,[2]) 2) Kinder, infantes,[a]) als welchen juristisch noch gar kein Willensvermögen beigelegt wird (§. 36). 3) Wahn- und Blödsinnige[b]) furiosi, dementes, (§. 37), ausgenommen in lichten Zwischenräumen,[c]) und so auch diejenigen, die nur vorübergehend in einem Zustande von Geistesabwesenheit sich befinden.[d]) Nur eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit findet statt, a) bei impuberes infantia maiores; diese können nämlich solche juristische Handlungen, wodurch sie ihre Rechte nicht schmälern oder gefährden, sondern lediglich gewinnen, selbständig vornehmen, andre aber nicht ohne Autoritas des Tutors;[e]) auch werden pubertati proximi imputabler unerlaubter Handlungen fähig gehalten;[f]) b) bei erklärten Verschwendern; diese können keine die ihnen entzogene Vermögensverwaltung betreffende Handlung wirksam vornehmen;[g]) c) bei mündigen Minderjährigen; diese können gewisse Hand-

---

a) L. 1. §. 12. 13. D. de O. et A. 44. 7. — §. 10. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. b) L. 1. §. 12. cit. L. 5. §. 2. cit. L. 1. §. 3. D. de poss. 41. 2. L. 40. D. de R. J. c) L. 2. Cod. de contrah. emt. 4. 38. L. 6. Cod. de cur. fur. 5. 70. L. 9. Cod. qui test. fac. poss. 6. 22. d) L. 17. D. qui test. fac. 28. 1. L. 48. D. de R. J. cf. L. 3. D. de divort. 24. 2. — c. 7. §. 1. C. 15. qu. 1. e) pr. J. de auct. tut. 1. 21. L. 9. D. de auct. tut. 26. 8. cf. L. 10. D. de ignor. 22. 6. f) §. 18. J. de obl. ex delicto. 4. 1. L. 111. pr. D. de R. J. L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. g) L. 9. §. 7. D. de reb. cred. 12. 1. L. 6. D. de V. O. 45. 1. L. 3. D. de novat. 46. 2. L. 5. §. 1. D. de acquir. hered. 29. 2. Vgl. §. 37. Anm. 3.

lungen nicht ohne Zustimmung eines Curators vornehmen, und erleiden allgemein eine Beschränkung, insofern ihnen die eigene selbständige Verwaltung ihres Vermögens entzogen ist;[3]) d) bei Frauen, als welchen die Fähigkeit zu gewissen Handlungen regelmäßig nicht zusteht; e) bei Denjenigen, welchen die Fähigkeit fehlt, ihren Willen in der Form zu äußern, wie es zu einer Handlung erforderlich ist, z. B. Stumme, Taube, soweit das Hinderniß reicht. [h])

Anmerkungen: 1) Vgl. überhaupt Sav. Bd. III. §. 106—112.

2) Für die juristische Person kann nur durch natürliche Personen als deren Repräsentanten gehandelt werden. L. 1. §. 22. D. de poss. 41. 2. municipes . . . uni (universi) consentire non possunt. L. 1. §. 1. D. de libert. univ. 38. 3. Ulp. XXII. 5. neque cernere universi neque pro herede gerere possunt. L. 97. D. de cond. 35. 1. (vgl. Arndts Beiträge I. S. 181. 182). Da nun zum Zwecke unerlaubter Handlungen keine Vertretung zugelassen seyn kann, so können auch solche niemals einer juristischen Person beigemessen werden; diese kann nicht durch Delicte unmittelbar verpflichtet werden. L. 15. §. 1. D. de dolo 4. 3. L. 4. D. de vi. 43. 16. Nov. Maioriani tit. 7. Nur scheinbar widersprechend ist L. 9. §. 1. D. quod met. 4. 2. (§. 24. Anm. 3). Vgl. Sav. S. 310—323. P. §. 50. Ritsler. III. S. 70. Gleichwohl sind in Betreff der Corporationen noch Manche anderer Meinung mit Sint. I. S. 123—128.

3) L. 101. D. de V. O. 45. 1. Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. L. 43. D. de O. et A. 44. 7. Obligari potest paterfamilias, suae potestatis, pubes, compos mentis. cf. L. 141. §. 2. D. de V. O. — L. 3. Cod. de in int. rest. min. 2. 22. Si curatorem habens minor 25 annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem . . . non prohiberis. Vgl. Marezoll in d. Ztschr. für Civilrt. u. Proc. II. 12. Sav. in der Ztschr. für geschichtl. Rtsw. X. 3., jetzt auch in dessen vermischten Schriften, Berlin 1850. Bd. II. n. 18. P. §. 51.

2) Willensbestimmung.

§. 60.

a) Wesen derselben.

Die im Allgemeinen handlungsfähige Person muß auch im einzelnen Falle dasjenige wirklich gewollt haben, was als

---

h) §. 7. J. de inutil. stip. 3. 19.

ihre Willensmeinung erscheint. Ist dieß nicht der Fall, so besteht eben nur der Schein einer Handlung, die nicht wirklich existirt, es sey nun dieser Schein durch den Handelnden selbst absichtlich hervorgerufen [a]) — Simulation [b]) — oder sonst irgendwie entstanden. [1]) Es kann aber die Willensbestimmung insbesondere auch an einem Mangel leiden, weil sie auf einem Irrthum beruht oder durch Zwang hervorgerufen ist.

Anmerkung: Vgl. Sav. System III. §. 134. 135.

b) Mängel der Willensbestimmung.

§. 61.

α) Zwang. [1])

Ist Jemand mit physischer Gewalt, ohne alle eigene Willensthätigkeit, zu Hervorbringung einer Wirkung mißbraucht worden — vis absoluta —, so kann von einer Handlung desselben keine Rede seyn. Es kann aber auch ein Zwang auf den Willen ausgeübt werden — vis compulsiva —; der Wille kann durch Furcht zu einer Handlung bestimmt werden. [2]) Unbillig wäre es, einer solchen erzwungenen Handlung vollkommen die rechtlichen Wirkungen beizulegen, die sie sonst nach sich zieht; das Recht gewährt eine Abhülfe demjenigen, der durch Zwang zu einer ihm rechtlich nachtheiligen Handlung getrieben wurde. [a]) Damit aber Zwang oder Furcht solche Berücksichtigung finde, ist erforderlich, daß eine gegründete [b]) Furcht vor einem nicht unbedeutenden Uebel [c]) durch widerrechtliche Gewalt oder Drohung [d]) eines Andern absichtlich erregt worden sey. [e])

---

a) L. 3. §. 2. L. 54. D. de O. et A. 44. 7. L. 55. D. de contrah. emt. 18. 1. b) Cod. plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur. 4. 22. — L. 30. D. de ritu nupt. 23. 2. L. 3. Cod. de repud. 5. 17. — L. 36. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 7. §. 6. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. — L. 16. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16.

a) Dig. quod metus causa gestum erit. 4. 2. de doli mali et metus except. 44. 4. Cod. de his, quae vi metusve causa gesta sunt. 2. 20. b) L. 6. 7. pr. L. 9. pr. D. h. t. L. 184. D. de R. J. c) L. 3. §. 1. L. 4. 5. 7. §. 1. L. 8. 22. 23. §. 1. D. h. t. L. 7. 10. Cod. h. t. cf. L. 3. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. d) L. 3. §. 1. L. 7. §. 1. D. h. t. cf. L. 6. Cod. h. t. e) L. 9. §. 1. L. 14. §. 3. L. 21. pr. D. h. t.

Anmerkungen: 1) Sav. a. a. O. §. 114.

2) L. 21. §. 5. D. quod met. causa. 4. 2. Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici: quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per praetorem restituendus sum. L. 21. 22. D. de ritu nupt. 23. 2. cf. L. 6. §. 7. D. de acquir. her. 29. 2. Celsus scripsit, eum, qui metu coactus fallens adierit hereditatem, heredem non fieri. L. 9. pr. L. 17. pr. D. qui et a quib. manum. 40. 9.

§. 62.

β) Irrthum.

Irrthum oder Unwissenheit [1]) schließen an sich nicht, gleich der Bewußtlosigkeit, die Willensbestimmung aus, [2]) und regelmäßig ist die Wirksamkeit einer Handlung, obgleich sie durch Irrthum veranlaßt ist, dieselbe wie sonst, vorausgesetzt, daß nicht wegen obwaltenden Irrthums oder Mißverständnisses bloß der Schein eines bestimmten Willens oder einer Willenseinigung entstanden sey. [a]) In vielen Fällen jedoch begründet der einer Handlung oder Unterlassung zum Grunde liegende Irrthum eine Aenderung in der regelmäßigen Wirkung derselben, namentlich wenn der Irrthum entschuldbar ist. In dieser Beziehung aber ist wichtig die Unterscheidung zwischen dem Rechtsirrthum (error s. ignorantia iuris) und dem Irrthum über Thatsachen, factischem Irrthum, error s. ignorantia facti. [b]) Der Rechtsirrthum wird in der Regel nicht entschuldigt, man möchte denn keine Gelegenheit zu besserer Belehrung gehabt haben; [3]) der Irrthum über Thatsachen aber wird verziehen, wenn er nur nicht auf grober Nachlässigkeit beruht. [4]) Daher: regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. [5]) Manchen Personen aber wird auch der Rechtsirrthum nachgesehen in Fällen, wo er andern zum Nachtheil gereicht, namentlich im weitesten Umfange, Minderjährigen, [c]) in geringerm

a) L. 57. D. de O. et A. 44.7. L. 15. D. de iurisdict. 2. 1. L. 2. pr. D. de iud. 5. 1. L. 116. §. 2. D. de R. J. L. 9. pr. D. de hered. instit. 28. 5. (§. 60. not. 1.) b) Dig. de iuris et facti ignorantia. 22. 6. Cod. 1. 18. c) L. 9. pr. D. h. t. L. 11. Cod. h. t.

Umfange Frauen,[d]) Soldaten[e]) und überhaupt unerfahrenen Leuten.[f]) — Eine eigene Bedeutung hat der Fall, wenn der Irrthum der handelnden Person durch einen Andern in widerrechtlicher Absicht erregt oder zu deren Nachtheil benutzt worden ist (dolus malus, Betrug;[6]) hier kann die Wirksamkeit der Handlung wenigstens dem Betrüger gegenüber angefochten, beziehungsweise von diesem Ersatz des verursachten Nachtheils begehrt werden.[g])

Anmerkungen: 1) Sav. Bd. III. §. 115. S. 111—115 und Beil. VIII. S. 325—473. Herrmann in Linde's Ztschr. N. F. III. 1. 6. IV. 12. V. 3.

2) Nicht entgegenstehen L. 20. D. de aqua pluv. 39. 3. nulla enim voluntas errantis est. L. 8. Cod. de iur. et facti ignor. 1. 18. Cum errantis nulla voluntas sit, und ähnliche scheinbar allgemeine Aussprüche. Sav. S. 342.

3) L. 2. D. h. t. In omni parte error in iure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debet, quum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. L. 9. §. 3. ibid. Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si iurisconsulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est.

4) L. 3. D. h. t. Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciret an de iure suo ignoret. §. 1. Sed Cassius ignorantiam Sabinum ita accipiendam existimasse refert, non deperditi et nimium securi hominis. L. 6. ibid. Nec supina negligentia ferenda est factum ignorantis, ut nec scrupulosa inquisitio exigenda. L. 9. §. 2. ibid. Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur: quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam.

---

d) L. 8. 9. D. h. t. L. 3. 11. 13. Cod. h. t. cf. L. 3. Theod. Cod. de integri restit. 2. 16. L. 8. Cod. de in int. rest. min. 2. 22. L. 3. Cod. de praescript. 30. ann. 7. 39. — L. 6. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. L. ult. Cod. qui pet. tut. 5. 31. — L. 2. §. 7. D. de iure fisci. 49. 14. L. 8. §. 2. D. qui satisdare cog. 2. 8. e) L. 9. §. 1. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. L. 22. §. 15. D. de iure delib. 6. 30. L. 5. Cod. de his qui sibi adscrib. 9. 23. f) L. 2. §. 7. cit. L. 1. §. 5. D. de edendo. 2. 13. L. 8. Cod. qui adm. 6. 9. cf. L. 25. §. 1. D. de prob. 22. 3. g) Dig. de dolo malo. 4. 3. de doli mali et metus except. 44. 4. Cod. de dolo malo. 2. 21.

5) L. 9. pr. D. h. t. cf. L. 7. ibid. Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. L. 8. ibid. Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest; iuris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet. Ueber diese allgemein lautenden Aussprüche vgl. Donelli comment. I. 20. 23. Mühlenbruch im Arch. II. S. 361 fgg. Vangerow Pand. I. §. 83 und vorzügl. Savigny a. a. O. S. 344—353.

6) L. 1. §. 2. D. h. t. Dolum malum Servius quidem ita definiit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur; Labeo autem, posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur, posse et sine dolo malo aliud simulari aliud agi, sicuti faciunt qui per eiusmodi dissimulationem servant (deserviant) et tuentur sua vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. — Dolus causam dans, dolus incidens. — Savigny a. a. O. S. 115—120.

C. Von Rechtsgeschäften insbesondere.

§. 63.

1) Begriff und Haupteintheilung.

Rechtsgeschäfte sind Willenserklärungen, deren Zweck und Absicht wesentlich auf eine rechtliche Wirkung gerichtet ist. Das Rechtsgeschäft ist einseitig (negotium unilaterale), wenn Existenz und Inhalt desselben wesentlich nur Ausfluß eines Willens ist; es ist zweiseitig (bilaterale) oder mehrseitig, wenn zu seiner Entstehung die Einigung verschiedener selbstständig einander gegenüberstehender Willen erforderlich ist. Die gegenseitig erklärte Einigung des Willens verschiedener Personen aber, bezüglich auf Rechtsverhältnisse, welche dadurch begründet, geändert oder aufgehoben werden sollen, ist ein Vertrag, pactio, conventio.[1] Unter den einseitigen Rechtsgeschäften sind besonders wichtig die letztwilligen Verfügungen, d. h. einseitige Willenserklärungen, welche, bis zum Tode willkürlich widerruflich, erst nach diesem rechtlich wirksam werden sollen.[2]

Anmerkungen: 1) L. 1. §. 2. 3. D. de pactis. 2. 14. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. — Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colli-

guntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, i. e. in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis verbum generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem. Cf. L. 3. pr. D. de pollicitat. 50. 12. Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. — Sav. Bd. III. S. 307—321.

2) Andre Eintheilungen der Rechtsgeschäfte: a) negotia iuris civilis (actus legitimi) et iuris gentium. b) neg. stricti iuris et bonae fidei. c) neg. solennia, non solennia. d) negotia onerosa, lucrativa s. gratuita. e) neg. inter vivos, neg. mortis causa.

§. 64.

2) Erforderniſſe der Rechtsgeſchäfte.

Zum Daseyn eines gültigen Rechtsgeschäfts ist erforderlich 1) Fähigkeit der Personen, welche es vornehmen, bisweilen auch die Zustimmung von Nebenpersonen; 2) ein rechtlich zulässiger Inhalt des Willens; 3) gehörige Erklärung des Willens der handelnden Personen.[1] Die Willenserklärung aber kann nicht nur durch Worte geschehen, mündlich oder schriftlich,[a] sondern auch durch andere sichere Zeichen, allein[b] oder in Verbindung mit Worten;[c] auch durch Handlungen[d] oder Unterlassungen[e] kann ein bestimmter Wille genügend kund gegeben werden.[2] Gibt der Wille sich auf eine Weise zu erkennen, welche nicht geradezu den Zweck hat, eben diesen Willen zu erklären, so heißt dieß eine stillschweigende Willenserklärung,[f]

---

a) L. 38. D. de O. et A. 44. 7. b) L 52. §. 10. D. l. c. L. 17. D. de novat. 46. 2. L. 31. pr. D. de legat. III. c) L. 6. D. de reb. cred. 12. 1. L. 58. pr. D. de hered. instit. 28. 5. d) L. 5. D. ratam rem hab. 46. 8. L. 95. D. de acquir. her. 29. 2. cf. L. 2. §. 1. D. de pactis. 2. 14. L. 14. Cod. de solut. 8. 43., L. 24. D. de probat. 22. 3. L. 57. pr. D. de pactis. 2. 14. L. 20. D. de acquir. her. 29. 2., L. 2. Cod. de pactis. 2. 14. L. 26. §. 1. D. de pign. 20. 1. e) L. 7. §. 1. L. 12. D. de sponsal. 23. 1. L. 5. Cod. de nupt. 5. 4. — L. 5. D. de adopt. 1. 7. — L. 2. §. 2. D. soluto matr. 24. 3. — L. 1. §. 4. D. de agnosc. lib. 25. 3. — L. 12. 16. D. ad Sc. Maced. 14. 6. — L. 6. §. 2. D. mand. 17. 1. L. 60. D. de R. J. — L. 13. §. 11. D. locati. 19. 2. — L. 12. D. de eviction. 21. 2. L. 4. §. 3. D. de fideiuss. tut. 27. 7. L. 37. pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 19. D. de aqua pluv. 39. 3. f) S. not. d. e. cf. L. 69. pr. D. de legat. II. L. 11. §. 4. D. de legat. III.

deren Gegensatz die ausdrückliche ist, nicht zu verwechseln mit dem vermutheten und dem fingirten Willen. [s]) — Nicht immer aber genügt selbst die vollkommen deutliche Willenserklärung; oft ist auch die Beobachtung einer bestimmten Form dabei erforderlich, deren Mangel, wo sie gesetzlich schlechthin vorgeschrieben ist, regelmäßig die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat. [3])

Anmerkungen: 1) Sav. Bd. III. §. 130—133. S. 237—257.

2) Qui tacet consentire videtur? cap. 43. de reg. iur. in 6to 5. 12. Vgl. cap. 44. ibid. oder L. 142. D. de R. J. Is qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare. L. 8. §. 15. D. quib. mod. pignus solv. 20. 6. Neuere sagen: Qui tacet, quum loqui potuit et debuit, consentire videtur. Savigny aber a. a. O. S. 248—252 will nur in den positiv anerkannten Fällen (not. e.) das Schweigen für Einwilligung gelten lassen.

3) Solche Formen sind: Gebrauch bestimmter Redensarten oder Zeichen, schriftliche Urkunde, Zuziehung von Zeugen, Mitwirkung öffentlicher Personen; es kommt aber darauf an, ob sie nicht bloß des Beweises wegen vorgeschrieben sind. Sav. §. 130. Vgl. Arndts in Ulrich's Archiv für Preuß. Recht I. S. 132—173. Ueber verabredete Form eines Vertrages vgl. L. 17. Cod. de fide instrument. 4. 21. pr. J. de emt. vend. 3. 23.

§. 65.

3) Inhalt der Rechtsgeschäfte.

Im Inhalt eines Rechtsgeschäfts kann man unterscheiden die wesentlichen Bestandtheile (essentialia negotii), die nicht fehlen dürfen, wenn ein Rechtsgeschäft einer bestimmten Art bestehen soll, dann die regelmäßigen, ohne besondere Festsetzung sich von selbst verstehenden, obwohl nicht unveränderlichen Bestandtheile (naturalia negotii) und die zufälligen (accidentalia), welche nur vermöge besonderer Festsetzung stattfinden.

---

s) L. 35. L. 40. §. 4. D. de procurat. 3. 3. L. 21. Cod. eod. 2. 13. L. 4. pr. L. 6. pr. D. in quib. causis pignus tacite contrahitur 20. 2.

4) Insbesondere von Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. [a])

a) Bedingungen. [1])

§. 66.

α) Begriff.

Bedingung, conditio, im eigentlichen Sinne heißt die Nebenbestimmung bei einem Rechtsgeschäft, welche den Eintritt einer Rechtswirkung von einer in die Zukunft gesetzten ungewissen Thatsache auf willkürliche Weise abhängig macht, beziehungsweise die zukünftige ungewisse Thatsache selbst, insofern von derselben ein rechtlicher Erfolg abhängig gemacht ist. Nur wo diese Merkmale zusammentreffen, ist ein bedingtes Rechtsgeschäft vorhanden (conditionale negotium), obwohl im weitern Sinn jede Thatsache, von welcher Rechte abhängig sind oder seyn sollen, Bedingung genannt wird, und so auch die Rechte bedingte heißen können. [2]) Es ist also kein wahrhaft bedingtes Rechtsgeschäft vorhanden: 1) wenn die ausgesprochene Bedingung nach der Natur des Rechtsgeschäfts, [b]) oder seines Gegenstandes [c]) sich von selbst versteht (conditio, quae tacite inest [d]), stillschweigende Bedingung; [3]) 2) wenn von einem in die Gegenwart oder Vergangenheit gesetzten Umstande eine Rechtswirkung abhängig gemacht wird, conditio in praesens vel in praeteritum collata; [e]) hier ist die Wirksamkeit oder Nichtigkeit der Verfügung sofort entschieden, wenn auch den betheiligten Personen noch unbekannt; [4]) 3) wenn von vornherein gewiß ist, daß die zur Bedingung gesetzte Thatsache eintreten werde, con-

---

[a]) Dig. de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur. 35. 1. de conditionibus institutionum. 28. 7. Cod. de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis. 6. 25. de his quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur. 6. 45. de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus. 6. 46. de donationibus, quae sub modo vel conditione vel certo tempore fiunt. 8. 55. [b]) L. 99. 107. D. h. t. L. 22. §. 1. D. quando dies. 36. 2. L. 12. D. de cond. inst. L. 21. 68. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 19. §. 1. L. 69. D. h. t. L. 65. §. 1. D. de legat. I. [c]) L. 1. §. 3. D. h. t. L. 25. §. 1. D. quando dies. 36. 2. [d]) L. 68. 99. citt. [e]) L. 100. 120. D. de V. O. 45. 1. §. 6. J. de V. O. 3. 15. L. 37—39. D. de reb. cred. 12. 1. L. 16. D. de iniusto test. 28. 3.

ditio, quae omnimodo exstitura est, [f]) nothwendige Bedingung, es sey nun vermöge natürlicher oder rechtlicher Nothwendigkeit, physisch oder juristisch nothwendige Bedingung; hier ist die Verfügung sofort als unbedingte wirksam; [5]) 4) wenn von vornherein gewiß ist, daß die fragliche Thatsache nicht eintreten könne, unmögliche Bedingung, worüber besondere Bestimmungen gelten (§. 72). Uebrigens versteht sich von selbst, daß eine Bedingung in ihrer Beziehung zur Hauptbestimmung nicht ein widersinniges Resultat geben darf, conditio perplexa; eine solche Verfügung ist nichtig. [g])

Anmerkungen: 1) Vgl. überhaupt Sav. III. §. 116—124. S. 121—204. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glücks Pand. Bd. 41. S. 45—276.

2) In weitester Bedeutung bezeichnet das Wort conditio, wie das deutsche Bedingung, auch andere Modalitäten, ja überhaupt alle nähern Bestimmungen eines Rechtsgeschäfts, z. B. L. 1. sqq. D. de in diem add. 18. 2. L. 10. §. 1. D. de lege Rhod. 14. 2. vgl. §. 59. not. e. §. 74.

3) L. 21. D. h. t. Multum interest conditio facti an iuris esset: nam huiusmodi conditiones: *si navis ex Asia venerit* . . . . impedient heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoraret eas impletas esse. Quae vero ex iure venient, in his nihil amplius exigendum, quam ut impletae sint, veluti si quis se filiumfamilias existimat, quum sit paterfamilias.

4) L. 120. cit. Nec placuit instar habere conditionis sermonem, qui non ad futurum sed ad praesens tempus refertur, etsi contrahentes rei veritatem ignorent. L. 100. cit. Conditio in praeteritum, non tantum in praesens tempus relata statim aut perimit obligationem aut omnino non differt. Anders ist der Fall zu beurtheilen, wenn ein Ereigniß als zukünftiges gedacht zur Bedingung gesetzt wird, aber zur Zeit schon ohne Wissen des Verfügenden eingetreten oder vereitelt ist. L. 6. §. 1. L. 10. §. 1. D. h. t.

5) Zu den sog. nothwendigen Bedingungen gehört auch die Bedingung, wornach eine unmögliche Thatsache nicht eintreten soll, welche früher von vielen verkehrter Weise als negativ unmögliche Bedingung bezeichnet wurde. L. 8. D. cit. Cum eo, qui ita promisit, *si intra Kalendas digito coelum non tetigerit*, agi protinus potest. L. 7. cit. Impossibilis conditio cum in faciendum concipitur, stipulationi obstat:

---

f) L. 9. §. 1. D. de novat. 46. 2. L. 18. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 79. pr. D. h. t. — L. 7. 8. D. de V. O. 45. 1. §. 11. J. de inutil. stip. 3. 19. g) L. 16. D. de cond. inst. L. 88. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 39. D. de man. test. 40. 4.

aliter atque si talis conditio inseratur stipulationi: *si in coelum non ascenderit;* nam utilis et praesens est (sc. stipulatio). Cf. L. 50. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. „impossibilis conditio in non faciendo expressa". Arndts Beitr. I. S. 162—68. Vgl. jedoch L. un. in f. Cod. de his quae poenae nom. relinq. 6. 41. und §. 36. in f. J. de legat. 2. 20. Arndts a. a. O. S. 172. not. 13.

§. 67.

2) Arten der Bedingung.

Die Bedingung kann 1) entweder eine affirmative oder eine negative seyn, je nachdem die bedingende Thatsache eine positive ist, d. i. das Eintreten eines Umstandes, oder eine negative, d. i. das Nichteintreten eines Umstandes; [a]) 2) entweder eine willkürliche oder zufällige oder gemischte, potestativa, casualis, mixta, je nachdem die Erfüllung derselben ganz von dem Willen des bedingt Berechtigten abhängt, [b]) oder gar nicht, [c]) oder zugleich von jenem und einem außer seiner Willkür liegenden Umstande; [1]) 3) entweder eine aufschiebende oder auflösende Bedingung, Suspensiv- oder Resolutivbedingung, je nachdem die anfängliche Existenz des Rechtsgeschäfts oder die Vernichtung desselben, nachdem es bereits wirksam geworden, von der zukünftigen Thatsache abhängig gemacht ist; in beiden Fällen ist die Bedingung in der That aufschiebend, nur das, was aufgeschoben wird, ist verschieden. [2])

Anm. 1) L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendeat, etc. — Unrichtig nach *Pothier*, der Code Nap. art. 1169—1171. La condition casuelle est celle qui depend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur. — La condition potestative est celle qui fait dependre l'exécution de la convention d'un évènement, qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. — La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers. Uebrigens vgl.

---

a) L. 7. pr. L. 67. D. h. t. L. 7. D. de V. O. b) L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 4. D. de hered. instit. 28. 5. L. 1. §. 8. D. si quis omissa causa. 29. 4. L. 78. §. 1. D. h. t. L. 28. D. de cond. instit. 28. 7. c) L. 6. Cod. de necess. hered. instit. 6. 27. d) L. 4. Cod. de instit. et substit. 6. 25.

noch L. 11. §. 1. D. h. t. Item sciendum est, promiscuas conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur, veluti: *si capitolium ascenderit* et similia; non promiscuas etiam vivo testatore existere posse, veluti: *si Titius consul factus fuerit.* — Allerdings kann aber ein bedingtes Rechtsgeschäft auch in der Art bestehen, daß die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Verpflichteten abhängt. L. 121. §. 1. D. de V. O. 45. 1., §. 36. J. de legat. 2. 20. Jedoch L. 8. D. de O. et A. 44. 7. Sub hac conditione: *si volam,* nulla fit obligatio; pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non potes. Vgl. L. 43. §. 2. D. de legat. I. — Unrichtig Code Nap. art. 1174. Toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

2) L. 2. pr. D. de in diem add. 18. 2. Quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emtio, quaeritur. Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit; nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum sit, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis. L. 1. D. de lege commiss. 18. 3. Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 2. §. 3. D. pro emtore. 41. 4. Sabinus si sic emta sit, ut nisi pecunia intra diem certam soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia; sed videamus, utrum conditio sit hoc an conventio; si conventio est, magis resolvetur quam implebitur. L. 2. §. 2—5. ibid. L. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. Vgl. Thibaut civ. Abh. n. 17. Cropp Abh. I. S. 193—195.

§. 68.

β) Zulässigkeit der Bedingungen.

Bei manchen Rechtsgeschäften ist die Hinzufügung einer Bedingung überhaupt [1]) oder doch gewisser Arten von Bedingungen [2]) unstatthaft, und bewirkt Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts. Diese Wirkung hat insbesondere auch die Hinzufügung einer Bedingung, welche der Natur des Rechtsgeschäfts widerstreitet. [3]) Außerdem aber können manche an sich mögliche Thatsachen nicht wirksam zur Bedingung von Rechtsgeschäften gesetzt werden, und werden dann gleich unmöglichen Bedingungen behandelt (§. 72).

Anm. 1) L. 77. D. de R. J. 50. 17. Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. Nonnumquam tamen actus suprascripti

tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt; nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio extiterit, quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.

2) Dahin gehören captatorische Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen, L. 70. 71. D. de her. inst. 28. 5., nichtpotestative Bedingungen bei Einsetzung eines suus heres. L. 15. D. de cond. inst. 28. 7. L. 4. Cod. de inst. et subst. 6. 25. Doch ist im letzten Falle eigentlich nicht die Erbeinsetzung an sich nichtig; sie ist nur nicht genügend, um die Nichtigkeit des Testaments abzuwenden, welche freilich auch Nichtigkeit der Erbeinsetzung mit sich bringt.

3) Dahin gehört die Bedingung, welche die Existenz einer Verpflichtung schlechthin in die Willkür des Verpflichteten selbst stellt — vergl. §. 67. Anm. 1. a. E. L. 7. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 17. 46. §. 3. L. 108. D. de V. O. 45. 1. L. 11. §. 7. D. de legat. III. —; bei letztwilligen Verfügungen auch die Bedingung, welche die Wirksamkeit schlechthin in die Willkür eines Dritten stellt. L. 52. D. h. t. L. 65. D. de hered. instit. 28. 5. Cf. cap. 13. X. de testament. 3. 26. Die Resolutivbedingung bei der Erbeinsetzung gilt pro non adiecta, weil eine Wiederaufhebung des einmal in Wirksamkeit getretenen Erbverhältnisses nicht stattfindet. L. 88. in f. D. de hered. instit. 28. 5. — Vgl. noch cap. 7. X. de conditionibus appos. in desponsat. 4. 5. Si conditiones contra substantiam coniugii inserantur, puta si dicat alteri: *contraho tecum, si generationem prolis evites*, vel, *donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem*, aut, *si pro quaestu adulterandam te tradas*, matrimonialis contractus . . . caret effectu: licet aliae conditiones appositae in matrimonio, si turpes aut impossibiles fuerint, debeant propter eius favorem pro non adiectis haberi. — Ueber die Regel: Expressa nocent, non expressa non nocent, vgl. L. 195. D. de R. J. L. 68. D. de her. inst. 28. 5. L. 52. D. h. t.

§. 69.

4) Erfüllung der Bedingung.

Die Bedingung ist erfüllt, existit conditio, wenn die zur Bedingung gesetzte Thatsache nach allen ihren Momenten, sowie sie von demjenigen, welcher die Bedingung setzte, gedacht worden,[a]) eingetreten ist.[b]) So lange dieß nicht geschehen, aber

---

[a]) L. 6. pr. D. de cond. institut. 28. 7. — §. 11. J. de hered. instit. 2. 14. L. 78. §. 1. D. h. t. — L. 2. 10. 11. §. 1. L. 68. 91. D. h. t. L. 7. Cod. de instit. et subst. 6. 25. [b]) L. 19. pr. L. 76. L. 101. pr. D. h. t.

noch möglich ist, heißt es: pendet conditio; wenn entschieden ist, daß sie nicht erfüllt werde, deficit conditio. Negative Bedingungen sind erfüllt, wenn die Thatsache, die nicht eintreten sollte, überhaupt oder in der vorausgesetzten Art unmöglich geworden ist.[c]) Häufig aber wird eine Bedingung für erfüllt geachtet, obgleich sie es buchstäblich nicht ist, nämlich 1) wenn derjenige, welchem die Nichterfüllung zum Vortheil gereicht,[d]) die Erfüllung absichtlich[e]) hindert;[1]) 2) wenn derjenige, dem die Erfüllung zum Vortheil gereichen soll, dieselbe nicht annimmt oder zuläßt,[2]) vorausgesetzt, daß nicht die Willensmeinung auf die Thatsache selbst an sich gerichtet ist;[f]) 3) bisweilen auch,[g]) wenn der bedingt Berechtigte durch andere zufällige Umstände an der Erfüllung gehindert worden ist.[3])

Anm. 1) L. 161. D. de R. J. Jure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset.

2) L. 24. D. h. t. Jure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest conditionem impleri, fit quominus impleatur, ut perinde habeatur ac si impleta fuisset. Die Vulgata hat hier jedoch, wie in L. 161. cit., die Lesart: non impleri. Vgl. L. 23. D. de cond. instit. plerumque haec conditio: *si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit,* ita accipi oportet, quod per eum non stet, quominus ducat, det aut faciat.

3) Beschränkt sich dieß nur auf den in not. g. berührten Fall, favore libertatis? Zu allgemein spricht jedenfalls cap. 66. de reg. iur. in 6to: Cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus conditio impleatur, haberi debet perinde ac si impleta fuisset. Vgl. L. 8. §. 7. 8. L. 24. D. de cond. instit. L. 31. D. h. t. L. 20. pr. D. de annuis leg. 33. 1. L. 3. §. 31. D. de Sc. Silan. 29. 5. L. 23. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Si institutus fuero sub conditione, *si Stichum manumisero,* et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimatione etiam hereditatis pretium me consecuturum; propter occisionem enim defecit conditio. Quodsi vivo testatore occisus sit, hereditatis aesti-

---

c) §. 4. J. de V. O. 3. 15. L. 115. D. eod. 45. 1. L. 7. pr. L. 73. L. 103. 106. D. h. t. d) L. 81. §. 1. L. 110. D. h. t. L. 85. §. 7. D. de V. O. 45. 1. L. 50. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 161. D. de R. J. e) L. 38. D. de statulib. 40. 7. f) L. 24. D. h. t. L. 11. 23. D. de condit. instit. 28. 7. L. 14. 31. 78. D. h. t. L. 34. §. 4. D. de legat. II. L. 5. §. 5. D. quando dies. 36. 2. g) L. 94. D. h. t. L. 3. §. 8. 10. 11. L. 4. §. 5. L. 19. 20. §. 3. 4. L. 28. pr. D. de statuliberis. 40. 7.

mationem cessare, quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur. L. 54. §. 2. D. de legat. I. Sed et si servi mors impediisset manumissionem, quum tibi legatum esset, si eum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum, quia per te non stetit, quominus perveniat ad libertatem. Sav. a. a. O. S. 142—148. schlägt vor, statt mors zu lesen mora. Dagegen P. §. 60. not. h. Vorles. S. 124. fgg. Vgl. not. b. — Ungegründet ist die Annahme einer Rechtsvermuthung für die Erfüllung der Bedingung. L. 10. §. 1. D. de reb. dub. 34. 5. M. 109. not. 5.

b) Wirkung der Bedingung.

§. 70.

a) Pendente und deficiente conditione.

So lange die Bedingung schwebt, ist die Existenz der davon abhängigen Rechtswirkung ungewiß; bei der Suspensivbedingung ist es ungewiß, ob das Rechtsgeschäft wirksam werde, [1]) bei der Resolutivbedingung, ob es wirksam bleibe. [a]) Deficiente conditione aber ist es so gut, als ob die bedingte Verfügung gar nicht getroffen wäre; es ist nun gewiß, daß das Rechtsgeschäft nicht wirksam werde, [b]) beziehungsweise, daß dasselbe nicht aufgelöst werde. [c])

Anm. 1) L. 213. D. de V. S. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies . . .; ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc conditione. L. 13. §. 5. D. de pignor. 20. 1. ante conditionem non recte agi, quum nihil interim debeatur; sondern — §. 4. J. de V. O. 3. 15. — ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri. Cf. L. 16. D. de cond. indeb. 12. 6. Aber L. 42. D. de O. et A. 44. 7. Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc, cum extiterit conditio, quamvis eum, qui sub conditione stipulatus est, placet etiam pendente conditione creditorem esse. Cf. L. 27. pr. D. 40. 9. Vgl. Götting über das Wesen der Suspensivbedingung in Linde's Ztschr. N. F. I. 6.

§. 71.

b) Wirkung der Erfüllung. [1])

Ist die Bedingung erfüllt, so wird 1) im Fall einer sogenannten Suspensivbedingung das bisher bedingte Rechtsgeschäft

---

a) L. 2. §. 1. — L. 4. D. de in diem add. 18. 2. b) L. 37. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 8. pr. D. de periculo rei vend. 18. 6. c) L. 15. pr. D. de in diem add. 18. 2. L. 3. D. de contrah. emt. 18. 1.

nunmehr als unbedingtes wirksam, und zwar so, als ob es von Anfang an als unbedingtes bestanden hätte, [2]) vorausgesetzt jedoch, daß die wesentlichen Erfordernisse seiner Existenz auch noch im Zeitpunkt der Erfüllung der Bedingung vorhanden seyen [3]); 2) im Fall einer sogenannten Resolutivbedingung wird nun das Rechtsgeschäft, dem sie beigefügt war, und der darauf sich gründende Rechtserwerb aufgelöst, und zwar ebenfalls mit rückwirkender Kraft, das Rechtsgeschäft gilt nunmehr als nicht geschlossen. [4]) Eine Beschränkung erleidet jene Rückwirkung in beiden Fällen, wenn die Erfüllung der Bedingung von der Willkür desjenigen abhing, welcher durch dieselbe verpflichtet werden oder ein Recht verlieren soll. [5])

Anm. 1) Vgl. Sav. a. a. O. S. 149—156. Sell über bedingte Traditionen. Zürich 1839.

2) Man drückt dieß durch die Regel aus: Conditio existens ad initium negotii retrotrahitur. (Sav. S. 151: retrotrahitur impleta conditio ad conventionis diem.) Vgl. L. 11. §. 1. D. qui pot. 20. 4. Cum semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. L. 16. D. de solut. 46. 3. Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur iam olim liberatus. — L. 105. D. h. t.

3) L. 8. D. de periculo rei vend. 18. 6. Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit; nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet... Quodsi sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio, sicuti nec stipulatio; quodsi extiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse periculum aiunt; idem Pomponius probat. Quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emtione in praeteritum. Quodsi pendente emtione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emtoris. Der Schluß der Stelle lautet nach Haloander: ... venditoris sunt, si pendente conditione res fuerit extincta; perimitur enim emtio sicut stipulationes et legata etc.; nach der Vulgata: ... venditoris sunt. Plane si pendente conditione res interierit, perimitur emtio, sicuti stipulationes etc. cf. L. 10. §. 5. D. de iure dot. 23. 3. — L. un. §. 7. Cod. de caduc. toll. 6. 51. — L. 72. D. de fideiussor. 46. 1. Si fideiussori sub conditione obligato, *si navis ex Asia venerit*, quem sub hoc modo accepi, ut usque ad tempus vitae suae duntaxat obli-

garetur, pendente conditione acceptum latum fuerit, et is fideiussor adhuc pendente conditione mortuus fuerit, confestim a reo petere possum, quia existens conditio neque obligationem in personam iam mortui efficere neque acceptilationem confirmare possit.

4) L. 4. §. 3. D. de in diem add. 18. 2. Pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dederit. cf. L. 41. D. de R. V. 6. 1. L. 8. D. de lege commiss. 18. 3. L. 4. Cod. de pactis int. emt. et vend. 4. 54. L. 29. D. de m. c. donat. 39. 6. — L. 9. pr. D. de aqua et aquae pluv. 39. 3. — Anderer Meinung ist Rießer in der Ztschr. für Civilr. und Proc. II. 1. 8. arg. L. 4. §. 4. L. 16. D. de in diem add. 18. 2. L. 4. pr. L. 5. D. de lege commiss. 18. 3. Dagegen W. §. 96. Ein anderes ist es, wenn die Wiederherstellung des früheren Zustandes zum Gegenstande eines besondern Nebenvertrages unter einer Suspensivbedingung gemacht wird, z. B. ein pactum de retrovendendo. Daraus entsteht nur ein obligatorischer Anspruch auf Erfüllung der Nebenverabredung; es wird nicht das frühere Hauptgeschäft vernichtet. L. 2. Cod. de pact. int. emt. 4. 54. L. 12. D. de praescript. verb. 19. 5. Sav. S. 155.

5) L. 9. §. 1. D. qui pot. 20. 4. Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quicquam deberi coeperit, si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit. — L. 3. D. quib. mod. pignus solv. 20. 6. Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus lib. V. Dig. ait finiri pignus, si melior conditio fuerit allata: quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet. Verkehrt erklärte diese Stelle Thibaut civ. Abh. S. 367 und noch in der 7. Ausgabe des Pandectenrechts §. 124. not. n., vgl. Zimmern im Arch. V. S. 250; in der 8. Ausg. §. 82. not. c. corrigirte er das Versehen als einen „Druckfehler" (Rückerwerber statt des richtigen Rückgeber).

§. 72.

b) Insbesondere von unmöglichen Bedingungen. [1]

Eine unmögliche Bedingung heißt eine solche, von welcher es schon zur Zeit ihrer Festsetzung gewiß ist, daß deren Erfüllung nicht eintreten werde, weil sie nicht eintreten kann; [a]) es sey nun aus natürlichen Gründen, physisch unmögliche Bedingung, [b]) oder aus juristischen Gründen, juristisch unmögliche

a) Gai. III. 98. b) §. 11. J. de inutil. stip. 3. 19. Pauli sentt. III. 4. b. §. 1. L. 137. §. 6. D. de V. O. 45. 1.

Bedingung; [c]) es sey die Erfüllung unter allen Umständen undenkbar, absolut unmögliche, oder nur durch zufällige Umstände ausgeschlossen, relativ unmögliche Bedingung; [d]) es sey die Rede vom Eintreten einer Thatsache, die nicht eintreten kann, positiv unmögliche, oder vom Nichteintreten einer Thatsache, die nothwendig eintreten muß, negativ unmögliche Bedingung. [e]) Nach der Natur der Sache würde die Verfügung, welche von einer solchen Bedingung abhängig gemacht ist, immer nichtig seyn, und dieß ist auch bei Verträgen wirklich der Fall. [f]) Bei letztwilligen Verfügungen aber ist umgekehrt angenommen, daß die Bedingung als nicht hinzugefügt zu betrachten sey, [g]) die Verfügung selbst also als unbedingte bestehe, [2]) dem Verfügenden mag die Unmöglichkeit bekannt gewesen seyn oder nicht. [3]) Den im eigentlichen Sinn unmöglichen Bedingungen sind aber rücksichtlich ihrer Wirksamkeit auch solche Bedingungen gleichgeachtet, vermöge welcher, wenn sie wirksam wären, für Jemanden die Erlangung eines Vortheils oder die Vermeidung eines Verlustes davon abhängig seyn würde, daß er eine rechtswidrige oder unsittliche Handlung begehe, oder eine rechtlich oder sittlich gebotene Handlung unterlasse, wodurch also rechtswidrige oder unsittliche Handlungen oder Unterlassungen würden befördert werden, [h]) d. i. moralisch unmögliche oder unsittliche Bedingungen, turpes conditiones. [4]) Aber auch von solchen Bedingungen gilt das Gleiche, welche zwar nicht auf an sich Rechtswidriges oder Unsittliches gerichtet sind, welche aber eben dadurch einen verwerf-

---

c) L. 35. §. 1. L. 137. §. 6. D. l. c. L. 72. §. 7. D. h. t. d) L. 6. §. 1. L. 72. § 7. D. h. t. L. 45. D. de hered. inst. 28. 5. L. 26. §. 1. D. de statulib. 40. 7. cf. L. 4. §. 1. D. ibid. L. 6. D. de cond. inst. 28. 7. e) arg. L. 7. D. de V. O. f) §. 11. J. cit. L. 7. 137. §. 6. cit. L. 1. §. 11. L. 31. D. de O. et A. 44. 7. L. 29. D. de fideiuss. 46. 1. L. 9. §. 6. D. de reb. cred. 12. 1. g) Gai. III. 98 Paul. l. c. §. 10. J. de hered. inst. 2. 14. L. 3. 6. §. 1. D. h. t. L. 1. 6. 20. pr. in f. D. de cond. inst. L. 16. in f. D. de iniusto test. 28. 3. L. 104. §. 1. D. de legat. I. L. 5. §. 4. D. quando dies. 36. 2. h) Paul. l. c. §. 2. L. 9. 14. 27 pr. D. de cond. inst. L. 8. §. 1. D. de usu. 7. 8. L. 5. Cod. de inst. et subst. cf. L. 15. D. de cond. inst. — L. 26. 27. 123. D. de V. O. § 36. J. de legat. 2. 20. — L. 121. §. 1. D. l. c. L. 1. Cod. si mancipium ita venierit ne prostituatur. 4. 56. — L. 7. §. 3. D. de pactis. 2. 14. cf. L. 2. D. de cond. ob turp. caus. 12. 5.

lichen Charakter annehmen, daß sie als Bedingungen eines Rechtsgeschäfts gesetzt werden,[i]) und auch diese werden moralisch unmögliche oder unsittliche Bedingungen genannt, wirken jedoch nicht immer in gleicher Weise.[5])

Anm. 1) Vgl. überhaupt W. Sell, die Lehre von den unmöglichen Bedingungen, in dessen Vers. Bd. II. (1834). Arndts Beitr. I. S. 161—183. Die hier versuchte Berichtigung der Begriffe ist wieder angefochten von Mühlenbruch Bd. 41. S. 111—114. Dagegen aber vgl. Sav. III. S. 156—203 (gleichzeitig).

2) Gai. III. 98. Item si quis sub ea conditione stipuletur, quae existere non potest, veluti: *si digito coelum tetigerit,* inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili conditione relictum nostri praeceptores (die Sabinianer) proinde valere putant, ac si ea conditio adiecta non esset; diversae scholae auctores (die Proculianer) non minus legatum inutile existimant quam stipulationem: et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest. L. 3. D. h. t. (Ulpian Lib. VI. ad Sabinum). Obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas. Ueber den muthmaßlichen Entstehungsgrund dieses Rechtssatzes vgl. Sav. III. S. 193—203. — Zu bemerken: a) Tritt die Unmöglichkeit der Erfüllung erst später ein, so gilt die Bedingung nicht als unmögliche, sondern als vereitelte (deficit conditio). L. 94. pr. D. h. t. L. 23. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. b) Ist die Bedingung schon zur Zeit der letztwilligen Verfügung, wenn gleich ohne Wissen des Verfügenden, vereitelt, so ist sie der unmöglichen gleich. L. 6. §. 1. D. h. t. Sabinus quoque et Cassius quasi impossibiles eas conditiones in testamento positas pro non scriptis haberi: quae sententia admittenda est. Anders, wenn die Bedingung als conditio in praesens vel in praeteritum collata gedacht war. §. 66. Anm. 4. c) Eine nur theilweise unmögliche Bedingung gilt auch nur insofern pro non scripta. L. 6. §. 1. cit. L. 45. D. de hered. inst. 28. 5. d) Eine Bedingung von einer, nicht bloß der einzelnen Person, unüberwindlichen Schwierigkeit ist der unmöglichen gleich zu achten. L. 6. D. de cond. inst. cf. L. 4. §. 1. D. de statulib. 40. 7. L. 137. §. 4. D. de V. O. Sav. S. 165. „unerschwingliche Bedingung". e) Eine Bedingung, die unter Voraussetzung einer Aenderung der gegenwärtigen Umstände noch erfüllt werden könnte, ist nicht eine unmögliche, L. 58. D. h. t., wenn nicht die Voraussetzung selbst verwerflich erscheint. L. 35. §. 1. L. 83. §. 5. L. 137. §. 6. D. de V. O. Nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id quod nunc impossibile est postea possibile fieri. L. 34. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. Liberum hominem ... emere non possumus, ...

---

i) Paul. l. c. L. 71. §. 1. 2. L. 72. §. 4. 5. L. 79. §. 4. D. h. t. L. 8. D. de cond. inst. 28. 7.

nec . . . *quum servus erit* . . . : nec enim fas est eiusmodi casus expectare. Sav. S. 166—169.

3) Darüber Sell S. 77—88. Sav. S. 191. 92.

4) L. 15. cit. Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam, et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. L. 9. cit. veluti: *si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit;* L. 27. pr. ibid. *si reliquias eius in mare abiiciat;* L. 8. §. 1. cit. *si a viro divortisset.* — L. 123. cit. Si flagitii faciendi causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet. L. un. in f. Cod. de his quae poen. nom. Quodsi aliquid facere vel legibus interdictum vel alias probrosum vel etiam impossibile iussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno etiam neglecto testatoris praecepto servabitur. — L. 7 §. 3. D. cit. Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione. Arndts a. a. O. S. 173—179. Sav. §. 122.

5) Arndts S. 179—181. Sav. §. 123. Es gehören dahin namentlich folgende Fälle: a) Bedingung letztwilliger Zuwendungen durch Ehelosigkeit der bedachten Person oder durch Heirath nach fremder Willkür, nach der Lex Julia, L. 22. 28. pr. L. 72. §. 4. 5. L. 79. §. 4. D. h. t., jedoch mit einer Ausnahme L. 2. 3. Cod. de indicta viduitate. 6. 40. nov. 22. cap. 43. 44.; nicht jede die Wahl beschränkende Bedingung, L. 62. §. 2. L. 63. pr. §. 1. L. 64. 71. §. 1. L. 79. §. 4. D. h. t. b) Versprechen einer Strafe für den Fall der Nichteingehung einer bestimmten Ehe, L. 71. §. 1. D. h. t. L. 134. D. de V. O. c) Nach Umständen auch Versprechen unter Bedingung einer bestimmten Heirath, L. 97. §. 2. D. de V. O. d) Ehescheidung als Bedingung gesetzt? L. 2. Cod. de inutil. stip. 8. 39. L. 8. §. 1. D. de usu. L. 5. Cod. de inst. et subst. vgl. not. h. e) Beschränkung auf einen bestimmten Wohnsitz oder Aufenthalt als Bedingung letztwilliger Zuwendung. L. 71. §. 2. D. h. t. f) Beschränkung der Freiheit letztwilliger Verfügung durch Versprechen einer Conventionalstrafe. L. 61. D. de V. O. Vgl. über captatorische Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen §. 68. Anm. 2. g) Eidliche Zusicherung einer Leistung als Bedingung einer letztwilligen Zuwendung, conditio iurisiurandi. Hier wird der Eid erlassen, die Verfügung wird als unbedingte angesehen, die Leistung aber muß erfüllt werden als Modus (§. 74.). L. 8. D. de cond. inst. Vgl. Savigny 185—190 und (gleichzeitig) Huschke in Linde's Ztschr. XIV. 12. — Eine sehr streitige Frage, ob und wiefern die Bedingung der Religionsänderung oder Nichtänderung zulässig sey? Sie ist nicht schlechthin mit Nein zu beantworten. Arndts im Rtsler. III. S. 936. not. 172. vgl. V. §. 93. Dagegen Sell S. 142 fg. Mühlenbruch Bd. 41. S. 104—106. Sav. S. 184 fg.

6) Ueber die Wirkung unmöglicher Bedingungen als Resolutivbedingungen vgl. Sell S. 102 fg. 133 fg. mit Arndts Beitr. S. 167. u. Sav. S. 192 fg.

7) Welche Wirkung hat die unmögliche Bedingung bei der Pollicitatio? Sell S. 108 fg. hält sie wie bei letztwilligen Verfügungen pro non adiecta, arg. L. 13. §. 1. D. de pollicitat. 50. 12. L. 2. §. 44. D. ad Sc. Tertull. 38. 17., aber conditio heißt hier soviel wie modus. (§. 74.) V. §. 93. S. 112.

§. 73.

b) Zeitbestimmung.

Eine Zeitbestimmung bei einem Rechtsgeschäfte kann den Zweck haben, entweder den Anfang eines Verhältnisses oder dessen Dauer, also das Ende zu bestimmen [a]) — Anfangstermin, dies ex quo oder a quo, oder Endtermin, dies ad quem. Der Zeitpunkt kann an sich genau bestimmt seyn, entweder unmittelbar nach dem Kalender oder auch durch Festsetzung eines Zeitraums von einem Zeitpunkte an, der, bevor die Wirksamkeit der Verfügung eintreten kann, ohnehin bereits feststehen muß, z. B. bei einer letztwilligen Verfügung: „ein Jahr nach meinem Tode." [b]) Der Zeitpunkt kann aber auch mit Rücksicht auf einen künftigen Umstand bestimmt seyn, von welchem vorerst ungewiß ist, ob oder wann, oder ob und zugleich wann er eintreten werde. [c]) Im ersten Fall nennt man im Allgemeinen die Zeitbestimmung dies certus oder certa, im andern Fall dies incertus oder incerta, und zwar dies incertus - an? - quando? - an et quando? Sowohl der sogenannte dies incertus an als der dies incertus an et quando enthält allemal eine wahre Bedingung, er macht die Entstehung, beziehungsweise das Ende des Verhältnisses selbst ungewiß. [d]) Jedoch kann bei einer Zeitbestimmung, die ihrem Ausdruck nach als dies incertus an erscheint, doch wohl die Meinung nur die seyn, daß es schlechthin auf den an sich gewissen Zeitpunkt ankommen solle, in welchem ein Umstand eintreten wird, wenn er überhaupt eintritt. [e]) Der

---

a) §. 2. 3. J. de V. O. 3. 15. L. 44. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. L. 34. D. de hered. instit. 28. 5. b) L. 41. 46. pr. 47. D. de V. O. L. 21. pr. D. quando dies. 36. 2. c) L. 21. pr. 22. pr. D. l. c. L. 1. pr. §. 1. 2. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 16. §. 1. L. 17. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 12. §. 1. L. 77. §. 10. D. de legat. II. d) L. 56. cf. L. 16—18. D. de cond. indeb. L. 21. pr. L. 22. pr. citt. e) L. 5. Cod. quando dies. 6. 53. L. 46. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

sogenannte dies incertus quando (certus an) hat an sich nicht die Natur einer Bedingung, [f] kann aber zur Bedingung werden, wenn er in Verbindung mit einem ungewissen Umstande gedacht wird, [g] und insofern kann selbst ein an sich genau bestimmter Zeitpunkt (dies certus im obigen Sinn) die Natur einer Bedingung annehmen. Wahre Zeitbestimmung ist nun nur diejenige, welche keine Bedingung in sich enthält, und in einem andern Sinn nennt man eine jede solche Zeitbestimmung dies certus, jede bedingende aber dies incertus. [h] Die wahre Zeitbestimmung aber unterscheidet sich von der Bedingung dadurch, daß sie nicht, wie diese, das Verhältniß selbst, Entstehung oder Ende desselben, ungewiß macht, sondern als Anfangstermin nur die Geltendmachung, nicht das Daseyn des Rechtsverhältnisses hinausschiebt, [i] als Endtermin jedenfalls die fernere Geltendmachung abschneidet. [k] Uebrigens kann nicht allen Rechtsgeschäften eine Zeitbestimmung der einen oder andern Art wirksam hinzugefügt werden. [l]

Anm. 1) Vgl. überhaupt Sav. III. S. 204 – 226. Sint. §. 21. S. 180—184. Betreffend die Terminologie vgl. a) L. 44. §. 1. D. de O. et A. Vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem: ex die, veluti *Kalendis Martiis dare spondes?* ad diem autem: *usque ad Kalendas dare spondes?* §. 2. J. cit. In diem .... stipulatio fit veluti: *decem aureos primis Kalendis Martiis dare spondes?* Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti priusquam dies veniat non potest. L. 34. D. de her. inst. Hereditas ex die vel ad diem non recte datur. b) Ueber dies certus und incertus: Gai. I. 186. sub conditione aut ex die certo. II. 250. vel sub conditione vel pure vel ex die certo. Gai. III. 124. Certum est debitum iri i. e. quae (sc. pecunia) sine ulla conditione deducitur in obligationem; itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri. — L. 1. §. 2. D. de cond. et

---

f) L. 16. §. 1. L. 17. citt. L. 4. §. 1. D. quando dies. 36. 2. L. 79. pr. D. de cond. et dem. g) L. 75. 79. §. 1. L. 1. §. 2. D. ibid. h) L. 30. §. 4. D. de legat. I. Gai. I. 186. II. 250. III. 124. Ulp. XXIV. 31. cf. L. 75. D. cit. i) §. 2. 4. J. l. c. L. 46. pr. D. de V. O. L. 21. pr. D. quando dies. L. 213. D. de V. S. cf. L. 41. §. 1. D. de V. O. k) §. 3. J. l. c. L. 56. §. 4. D. de V. O. L. 2. Cod. de donat. sub modo. 8. 55. l) L. 77. D. de R. J. (§. 68.) L. 5. D. de acceptilat. 46. 2. L. 34. D. de hered. inst. 28. 5. §. 9. J. de hered. inst. 2. 14.

dem. Dies autem incertus est, quum ita scribitur: *heres meus cum morietur decem dato;* nam diem incertum mors habet eius, et ideo, si legatarius ante decesserit . . . non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem. L. 75. D. ibid. Dies incertus conditionem in testamento facit. L. 16. pr. §. 1. L. 17. D. citt. Sub conditione debitum per errorem solutum pendente quidem conditione repetitur, conditione autem existente repeti non potest. §. 1. Quod autem (*Hal.* etiam) sub incerta die debetur, die existente (*Cuiac.* die non existente) non repetitur. L. 17. Nam si, quum moriar, dare promisero et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait. Sav. §. 126. not. c. e. h.

2) L. 213. D. de V. S. Cedere diem significat incipere deberi pecuniam; venire diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc conditione.

§. 74.

c) Modus. [a])

Bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen kann eine eigenthümliche Art von Nebenbestimmung vorkommen, Modus im technischen Sinn, welche dem Empfänger eines Vortheils auferlegt, das Empfangene (oder dessen Geldwerth) ganz oder zum Theil zu einem bestimmten Zwecke zu verwenden [b]) oder sonst etwas dafür zu leisten [c]) (Zweckbestimmung, Verwendungsbestimmung). Durch den Modus wird der Erwerb der Gabe nicht bedingt, [d]) aber durch die Annahme des sub modo Gegebenen verpflichtet sich der Empfänger zur Erfüllung der Auflage, [e]) sofern ihm diese nicht etwas Unmögliches, Rechtswidriges oder Unsittliches zumuthet. [f]) Er kann zur Erfüllung

---

[a]) Cod. de his quae sub modo legata seu fideicommissa relinquuntur. 6. 45. Cod. de donationibus, quae sub modo vel conditione vel ex certo tempore conficiuntur. 6. 55. Dig. de conditionibus . . . et modis eorum, quae in testamento scribuntur 35. 1. [b]) L. 17. §. 4. D. h. t. [c]) L. 92. D. h. t. L. 17. §. 2. D. de test. man. 40. 4. [d]) L. 80. D. h. t. L. 17. §. 2. D. de test. man. 40. 4. [e]) L. 9. Cod. de donat. 8. 54. [f]) L. 37. D. h. t. L. 8. §. 6. 7. D. de cond. inst. 28. 7. L 7. in f. D. de annuis leg. 33. 1. L. 16. D. de usu. 33. 2. L. 113. §. 5. D. de legat. I. L. 1. Cod. h. t. 6. 45. L. 8. Cod. de cond. ob turp. caus. 4. 6. cf. L. 4. D. de adm. rer. civ. 50. 8.

oder auch zur Cautionsleistung wegen künftiger Erfüllung [g]) angehalten werden, nach Verschiedenheit der Umstände, durch den Geber selbst oder dessen Erben, [h]) oder durch einen Dritten, dessen Vortheil die Auflage bezweckt, [i]) oder auch von Amts wegen durch die Obrigkeit. [k]) Der Modus ist einerseits von der Bedingung zu unterscheiden, [l]) andererseits von einer bloßen Empfehlung. [m]) — Außer den bisher besonders hervorgehobenen Nebenbestimmungen (§. 66—74) können noch mannichfaltige andere Nebenbestimmungen, Beschränkungen, Vorbehalte u. dgl. vorkommen, die man im Allgemeinen unter dem Ausdruck „Clauseln" begreift.

Anm. 1) Modus in weiterer Bedeutung: L. 44. §. 3. D. de O. et A. 44. 7. L. 72. D. de fideiuss. 46. 1. L. 92. D. de her. inst. 28. 5. Dagegen conditio gleichbedeutend mit modus, insbesondere in der Formel: *sub conditione ut faciat* etc. = *ea lege ut* etc.; verschieden von *sub ea conditione, si:* L. 8. §. 7. D. de cond. inst. 28. 7. L. 71. §. 1. L. 80. D. h. t. L. 44. D. de man. test. 40. 4. L. 2. §. 7. D. de donat. 39. 5. L. 1. 2. 5. Cod. h. t. 8. 55.

2) „Die Bedingung suspendirt, zwingt aber nicht; der Modus zwingt, suspendirt aber nicht." Sav. III. S. 231. Vgl. überhaupt S. 226—237.

§. 75.

5) Auslegung der Rechtsgeschäfte.

Die Willenserklärung kann noch Zweifeln Raum lassen über den Inhalt des Rechtsgeschäfts. Hier kommt es darauf an, die wahre Willensmeinung der handelnden Personen herauszufinden, [a]) wie bei Auslegung von Gesetzen die Absicht des Gesetzgebers. Auch hier ist eine authentische Auslegung möglich, [b]) die jedoch bei zweiseitigen Rechtsgeschäften natürlich nicht

---

g) L. 40. §. 5. L. 71. pr. §. 1. 2. L. 80. D. h. t. L. 19. D. de legat. III. cf. L. 1. Cod. h. t. 6. 45. h) L. 7. D. cit. L. 1. 2. Cod. h. t. 8. 55. L. 9. Cod. de donat. 8. 45. i) L. 3. Cod. l. c. L. 1. 2. Cod. h. t. 6. 45. k) L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. cf. L. 7. D. cit. L. 92. D. h. t. l) L. 2. Cod. h. t. 6. 45. cf. L. 41. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. m) L. 71. pr. D. h. t. L. 13. §. 2. D. de don. int. V. et U. 24. 1. cf. L. 2. §. 7. L. 8. D. de donat. 39. 5.

a) L. 219. D. de R. J. L. 7. §. 2. D. de supell. leg. 33. 10. L. 3. Cod. de lib. praet. 6. 28. b) L. 21. §. 1. D. qui test. fac. 28. 1. L. 96. D. de R. J.

schlechthin von einem allein ausgehen [c]), und niemals willkürlich etwas in der That gar nicht Erklärtes als Inhalt eines Rechtsgeschäfts ausgeben kann. [d]) Außerdem sind auch hier, wie bei der Gesetzauslegung, die Worte, welche den Willen ausdrücken sollen, zunächst grammatisch zu erklären, [e]) mit Berücksichtigung sowohl des besondern als des gemeinen Sprachgebrauches. [f]) Bleibt darnach etwas zweifelhaft, so ist der Sinn anzunehmen, nach welchem das Rechtsgeschäft bestehen kann [g]), oder welcher seiner Natur am besten entspricht. [h]) Sodann ist im Zweifel die mildere Erklärung vorzuziehen, [i]) daher insbesondere bei einseitigen Verpflichtungen diejenige, wonach der sich Verpflichtende am wenigsten beschwert wird. [k]) Bei gegenseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften ist im Zweifel zum Nachtheil dessen zu entscheiden, der als Hauptperson dabei gilt, welchem die genauere und deutlichere Fassung obgelegen hätte. [l]) Uebrigens gibt es manche begünstigte Verhältnisse (causae favorabiles), zu deren Gunsten im Zweifel interpretirt werden soll, so die Freiheit, [m]) die Dos, soviel die Ansprüche der Frau betrifft, [n]) und letztwillige Zuwendungen. [o])

Gegen mögliche nachtheilige Auslegung von Rechtsgeschäften, sowie überhaupt gegen mögliche Folgen von Handlungen kann man sich zu schützen suchen durch Protestation und Reservation, Verwahrungen und Vorbehalte, wodurch aber keine von dem Willen des Handelnden unabhängige Folge abgewendet, noch auch das erworbene Recht eines Andern geschmälert werden kann. [p])

---

c) L. 12. D. de transact. 2. 15. L. 83. §. 1. D. de V. O. 45. 1. d) L. 21. §. 1. cit. L. 9. D. de hered. inst. 28. 5. L. 3. D. de reb. dub. 34. 5. e) L. 25. §. 1. L. 69. pr. D. de legat. III. f) L. 34. D. de R. J. L. 7. §. 2. cit. L. 65. §. 7. L. 69. §. 1. D. de legat. III. L. 18. §. 3. D. de instr. leg. 33. 7. g) L. 12. D. de reb. dub. 34. 5. L. 80. D. de V. O. 45. 1. h) L. 67. D. de R. J. i) L. 9. 56. D. de R. J. k) L. 34. D. ibid. L. 38. §. 18. D. de V. O. 45. 1. l) L. 39. D. de pact. 2. 14. L. 21. 33. 34. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 172. pr. D. de R. J. cf. L. 99. pr. D. de V. O. 45. 1. m) L. 179. D. de R. J. n) L. 85. pr. eod. o) L. 12. eod. p) L. 34. D. de neg. gest. 3. 5. cf. L. 11. §. 1. D. de instit. act. 14. 3.

c) Wirkung der Rechtsgeschäfte, insbesondere in Beziehung auf dritte Personen.

§. 76.

Die Wirkung eines Rechtsgeschäfts bestimmt sich durch dessen allgemeine Natur und concreten Inhalt. Insofern durch dasselbe Rechte oder Verpflichtungen begründet werden sollen, bezieht sich seine Wirkung zunächst nur auf die handelnden Personen selbst. Diese kann sich aber auch auf andre erstrecken in Folge einer Stellvertretung.

Ein Rechtsgeschäft kann durch eine Mittelsperson vorgenommen werden, im Namen eines Andern, dessen rechtliches Interesse es eigentlich betrifft, als dessen Repräsentant daher jene handelt; wohl zu unterscheiden von dem Fall, da Jemand nur als Werkzeug der Willenserklärung eines Andern dient.[a]) Nicht bei jeder Art von Rechtsgeschäften ist eine solche Stellvertretung zulässig. Aber auch wo dieselbe stattfindet, ist es doch regelmäßig zunächst der Handelnde selbst, der Stellvertreter, welcher durch dasselbe erwirbt oder verpflichtet wird, und nur mittelbar wird diese Wirkung auf den Repräsentirten übertragen. Insofern der Stellvertreter in befugter Weise für diesen gehandelt hat, kann der letzte angehalten werden, das Rechtsgeschäft auch für sich als verpflichtend anzuerkennen, und jener nach Umständen sich der Verpflichtung ganz entziehen.[b]) Was aber den Erwerb von Rechten betrifft, so ist dieser nach altem Rechtssatz schlechthin und mit unmittelbarer Wirkung möglich durch die der Potestas unterworfenen Personen (Sklaven und Hauskinder) für den Gewalthaber.[c]) Durch freie Repräsentanten dagegen findet wohl Erwerb des Besitzes und ein bloß dadurch bedingter Rechtserwerb in gleicher Weise statt;[d]) Forderungsrechte aber werden auch nach dem neuesten römischen

---

a) L. 2. §. 2. D. de O. et A. 44. 7. pr. J. de consensu obl. 3. 22. b) Inst. quod cum eo qui aliena potestate negotium gestum esse dicatur. 4. 7. cf. L. 6. §. 1. D. de negot. gest. 3. 5. L. 19. pr. 20. D. de instit. act. 14. 3. c) Inst. per quas personas nobis acquiritur. 2. 9. per quas pers. nob. obl. acquir. 3. 28. cf. Gai. II. 86—96. III. 163—167. d) §. 5. J. h. t. 2. 9. Gai. II. 95. L. 53. D. de acquir. dom. 41. 1. cf. L. 13. 20. §. 2. D. ibid. L. 9. Cod. si quis alt. 4. 50.

Rechte noch durch Rechtsgeschäfte freier Repräsentanten nur mittelbar, als zunächst diesen erworbene, auf den Repräsentirten übertragen [e]), was jedoch im praktischen Erfolge keinen Unterschied macht.

Anm. L. 53. D. cit. Ea quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti per stipulationem; quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere (vielleicht: volentem nobis possidēre?) acquirimus. — §. 5. J. cit. Et hoc est, quod dicitur per extraneam personam nihil acquiri posse, excepto eo quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus sed et ignorantibus nobis acquiri possessionem secundum D. Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit qui tradidit, vel usucapionem aut l. t. praescriptionem, si dominus non sit. — L. 1. Cod. cit. (Dioclet. et Max.) Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil acquiri posse indubitati iuris est. — L. 11. D. cit. Quaecunque gerimus, quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari, neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus. — In weitester Ausdehnung wird L. 53. cit. verstanden von Sav. III. §. 113. Dagegen P. §. 52. 273. und Curs. d. Inst. II. §. 203. Die nähere Erörterung gehört in die Lehre von den einzelnen Rechtsverhältnissen. — Vgl. übrigens noch L. 2. Cod. l. c., Erwerb des Pfandrechts betreffend.

§. 77.

Die Stellvertretung kann begründet seyn 1) in einem Gewaltverhältniß (§. 76. not. c.); 2) in der Verfassung einer juristischen Person, durch welche die Repräsentation dieses Rechtssubjects im rechtlichen Verkehr festgesetzt ist (§. 43); 3) in einem von der öffentlichen Gewalt ausgehenden Auftrag oder Amt, z. B. Vormundschaft; 4) in einem von dem Willen des Repräsentirten selbst ausgegangenen Auftrag (Mandat, Vollmacht). Im letzten Fall heißt der Stellvertreter Procurator; der Repräsentirte Dominus, sc. negotii, Principal. [a]) Der Umfang der Befugnisse eines solchen Stellvertreters und folge-

---

[e]) L. 1. Cod. per quas person. nob. acquir. 4. 27. L. 6. 9. Cod. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine emerit. 4. 50. L. 11. D. de O. et A. 44. 7. L. 73. §. 4. D. de R. J.

[a]) Dig. de procuratoribus. 3. 3. Cod. 2. 13.

weise auch der Wirkung seiner Handlungen für den Dominus bestimmt sich durch den erklärten Willen des letzten, d. i. durch den Umfang der Vollmacht, welche eine allgemeine (generelle) oder besondre (specielle) seyn kann; daher procurator generalis oder specialis; und zwar generell rücksichtlich einer ganzen mehr oder minder umfassenden Classe von Geschäften oder rücksichtlich eines bestimmten Geschäfts, zu dessen Ausführung wieder verschiedene einzelne Handlungen erforderlich sind, so daß jener Gegensatz nur relative Bedeutung hat. Ein procurator omnium bonorum kann bloß zur Erhaltung der Güter (custodia) bestellt seyn oder auch zur Verwaltung (administratio), worin zugleich die Befugniß zur Veräußerung, nicht zur Schenkung,[b] liegt, und zwar beschränkt oder unbeschränkt (libera administratio), was ihn jedoch immer noch nicht von der Rücksicht auf den vermuthlichen Willen des Dominus entbindet.[c] Uebrigens kann 5) auch ohne Auftrag ein Stellvertreter (negotiorum gestor) mit verpflichtender Wirkung für einen Andern handeln, insofern er dessen wahres Interesse in Acht nimmt.[d]

§. 78.

Der ursprüngliche Mangel der Befugniß zur Stellvertretung eines Andern (§. 77. n. 4.) kann dadurch ersetzt werden, daß dieser nachträglich seine Zustimmung zu dem in seinem Namen vorgenommenen Rechtsgeschäfte erklärt. Dieß ist Genehmigung, ratihabitio. Dadurch wird das Rechtsgeschäft für ihn ebenso wirksam, als ob es ursprünglich mit seinem Willen so abgeschlossen wäre,[a] aber ohne Beeinträchtigung wohlerworbener Rechte dritter Personen[b]), und ohne Umwandlung des ohnedem bestehenden Rechtsverhältnisses des Stellvertreters zu dem Genehmigenden.[c]

---

b) L. 7. pr. D. de donat. 39. 5. c) L. 58—60. 63. D. h. t. 3. 3. L. 17. §. 3. D. de iureiur. 12. 2. L. 11. §. 7. L. 12. D. de pign. act. 13. 7. cf. cap. 4. de procurat. in 6to 1. 19. d) Dig. de negot. gest. 3. 5. cf. Dig. de procur. et defensoribus. 3. 3.

a) L. 60. cf. L. 152. §. 2. D. de R. J. L. 56. D. de iud. 5. 1. L. 71. §. 1. 2. D. dc solut. 46. 3. b) arg. L. 16. §. 1. in f. D. de pign. 20. 1. c) L. 9. D. de neg. gest. 3. 5.

Die rückwirkende Kraft der nachträglichen Zustimmung (Genehmigung) tritt, wo nicht ein anderer Wille sich kundgibt, auch sonst in solchen Fällen ein, wo zur Gültigkeit oder vollen Wirksamkeit einer juristischen Handlung nur noch die Einwilligung eines Andern fehlte, wenn diese später hinzutritt unter Umständen, unter welchen jene noch gültig vorgenommen werden könnte; [d]) ebenso auch dann, wenn Jemand ein von ihm selbst vorgenommenes Rechtsgeschäft, welches er aber aus irgend einem Grunde anfechten konnte, nach Beseitigung des die Anfechtbarkeit begründenden Umstandes bestätigt, was man ebenfalls Ratihabition nennt. [e]) Wenn dagegen der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts ein Hinderniß im Wege stand, das man nicht durch seinen Willen zu beseitigen vermochte, so kann auch die nach Beseitigung dieses Hindernisses erklärte Anerkennung nicht rückwirkende Kraft haben. [f])

Anm. L. 12. in f. D. de solut. 46. 3. Ratihabitio mandato comparatur. L. 25. Cod. cit. ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. L. 7. Cod. cit. Necesse est enim patris ratihabitionem vel principali mandato patris vel consensui non esse absimilem, quum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahitur et confirmat ea, quae ab initio subsecuta sunt. — L. 16. §. 1. cit. Si nesciente domino res eius hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum (*hoc ipso?*), quod ratum habet, voluisse eum retrorecurrere ratihabitionem (Hal. om. *ratihabitionem*) ad illud tempus, quo convenit. Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt. — L. 9. D. cit. . . . . Scaevola: imo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse; . . . . nam utique mandatum non est; erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. — P. §. 51. not. c. §. 53. not. i.

§. 79.

7) Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. [i])

Nichtig heißt ein Rechtsgeschäft, welches nur dem Scheine nach besteht, juristisch aber schlechthin (ipso iure) als nicht

---

[d]) L. 7. Cod. ad Sc. Maced. 4. 28. L. 24. pr. D. ratam rem haberi et de ratihabitione. 46. 8. L. 16. §. 1. cit. [e]) L. 25. Cod. de donat. int. V. et U. 5. 16. cf. L. 1. Cod. si maior factus ratum habuerit. 2. 46. [f]) L. 27. L. 65. §. 1. D. de ritu nupt. 23. 2. L. 4. §. 6. D. de off. procons. 1. 16.

bestehend angesehen wird (nullum negotium). Anfechtbar (rescissibel) heißt ein Rechtsgeschäft, welches zwar an sich besteht, seiner Wirkung nach aber von einer Person kraft eines ihr zustehenden Rechts als ungültig angegriffen werden kann, es sey durch eine gerichtliche Handlung, z. B. Klage, Einrede, Begehren der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, oder auch durch eine außergerichtliche Erklärung, welches daher als bestehend gilt, wenn und so lange jene nicht von dieser Befugniß Gebrauch macht. [2]) Die Folge der wirklich geschehenen Anfechtung kann aber seyn, daß das Rechtsgeschäft nunmehr schlechthin nichtig oder daß es nur in seiner Wirkung vereitelt wird. Die Nichtigkeit, wie die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts kann nicht nur von Anfang an vorhanden seyn, sondern auch später erst eintreten. Von Anfang nichtig ist ein Rechtsgeschäft, wenn es ihm an einem wesentlichen Erforderniß seiner Entstehung mangelt, oder wenn es einem gesetzlichen Verbote widerstreitet, wo nicht das Gesetz mit der Uebertretung seines Verbotes ausdrücklich eine andere die Nichtigkeit ausschließende Folge verbindet. [3]) Die Gründe, aus denen ein anfangs gültiges Rechtsgeschäft später ungültig wird (Infirmation, Rescission), sind verschieden nach Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte; es läßt sich darüber keine durchgreifende allgemeine Regel aufstellen. [4])

Ein anfangs ungültiges Rechtsgeschäft kann andererseits späterhin gültig werden durch Beseitigung der Gründe seiner Ungültigkeit (Convalescenz); dieß tritt jedoch so wenig in allen Fällen ein, daß vielmehr für nichtige Rechtsgeschäfte das Gegentheil als Regel ausgesprochen wird. [5])

Verschieden von der Convalescenz ist die Conversion (Umwandlung) desselben, welche darin besteht, daß dasselbe als ein Rechtsgeschäft anderer Art behandelt und aufrechterhalten wird, wozu natürlich das Daseyn aller gesetzlichen Erfordernisse dieses andern Rechtsgeschäfts vorausgesetzt wird. [6])

Uebrigens kann ein Rechtsgeschäft auch bloß theilweise ungültig seyn oder werden, unter Aufrechthaltung der gültigen Bestandtheile. [7])

Anm. 1) Vgl. überhaupt Sav. §. 202. 203. IV. S. 536—560. Seuffert §. 82—85. Sint. §. 24. II. P. §. 67 und Vorlesungen zu diesem §. S. 140—143.

2) P. §. 67. not. c. „Es wäre denkbar, daß auch bei der Nullität eine Erklärung irgend einer Art von Seiten einer Person, die sie geltend machen will, und ein richterlicher Ausspruch gefordert würde, um den äußern Schein eines Geschäfts aufzuheben und künftiger Ungewißheit zu entgehen, z. B. eine querela nullitatis und darauf folgende richterliche Nullitätserklärung. Dem römischen Recht ist dieß fremd, im heutigen kommt es vor, aber nur in wenigen Fällen, bei der Ehe und im Proceß." Vgl. Zachariä französ. Civilrt. §. 37. Ueber die sog. querela nullitatis vgl. Sav. S. 539 fg.; über absolute und sog. relative oder respective (P. „bedingte") Nichtigkeit: Brandis in Linde's Ztschr. VII. 4. 5. Sint. a. a. O. not. 17. Vgl. auch Arndts Pflichttheils- und Notherbenrecht im Rtsler. VIII. S. 106—116.

3) L. 5. Cod. de legib. 1. 14. (Theod. et Valent.) . . . . Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legislatori quae fieri non vult tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere, hoc est ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est. cf. Nov. Theod. tit. VIII. In früherer Zeit galt dieser Grundsatz nicht, indem man unterschied zwischen leges perfectae, minus quam perfectae und imperfectae. Ulp. fragm. §. 1. Der offenen Uebertretung steht übrigens die Umgehung des Verbotes (quod in fraudem legis fit) gleich. L. 29. 30. D. de legib. 1. 3. Sav. S. 549—552.

4) L. 98. pr. D. de V. O. 45. 1. Maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, quum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere. L. 140. §. 2. ibid. Etsi placeat extinguere obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, non tamen hoc in omnibus verum est. L. 3. §. 2. D. de his quae pro non script. hab. 34. 8. Quae in eam causam inciderunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur. L. 85. §. 1. D. de R. J. Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.

5) L. 29. D. de R. J. Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. cf. L. 201. 210. ibid. — Convalescenz durch Bestätigung des Regenten? L. 38. D. de adopt. 1. 7. Seuffert §. 84 a. E.

6) Ein Hauptfall ist die Erhaltung eines Testaments als Codicill vermöge der Codicillarklausel. L. 1. D. de iure cod. 29. 7. L. 8. Cod. de codicill. 6. 36. — cf. L. 5. pr. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 8. pr. D. de accept. 46. 4. L. 1. §. 4. D. de const. pec. 13. 5.

7) Cap. 37. de R. J. in 6to 5. 12. Utile non debet per inutile vitiari. cf. L. 1. §. 5. D. de V. O. 45. 1. Aber vgl. L. 178. D. de R. J. Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

8) Insbesondere von Schenkungen. [1])

§. 80.

a) Begriff.

Schenkung, donatio, [a]) heißt ein Rechtsgeschäft, welches darin besteht, daß Jemand aus freiem Willen (Liberalität, [b]) also ohne rechtliche Verbindlichkeit, [c]) durch reine Minderung des eigenen Vermögens [d]) absichtlich (animo donandi [e]) einem Andern eine Vermögensbereicherung [f]) zuwendet, [2]) welche dieser auch in entsprechender Willensmeinung [g]) annimmt. [3]) Der erste heißt Schenker, Schenkgeber, Donator; der andere der Beschenkte, Schenknehmer, Donatar. In allen Arten von Vermögensrechten können durch Schenkung Veränderungen bewirkt werden (dando, [h]) promittendo oder obligando, [i]) liberando; [k]) sie bezieht sich auf keine Classe von Vermögensrechten ausschließlich, und steht mit keinem Rechtsinstitut in besonderem engerem Zusammenhange; daher findet sie ihre Stelle in der allgemeinen Lehre von den Rechtsgeschäften [4]). Die Schenkung ist entweder

a) Inst. de donationibus. 2. 7. Dig. de donationibus. 39. 5. Cod. 8. 54. cf. Theod. Cod. VIII. 12. Pauli sentt. V. 11. Fragm. Vat. §. 248—316. b) L. 1. D. h. t. c) L. 29. pr. D. h. t. d) L. 3. D. pro donato. 41. 6. L. 5. §. 13. 14. L. 31. §. 6. 7. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 6. §. 2—5. L. 18. D. quae in fraud. 42. 8. L. 1. §. 6—8. D. si quid in fraud. patr. 38. 5. L. 23. pr. D. h. t. e) L. 1. 18. D. h. t. L. 5. §. 5. L. 31. §. 3. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 19. §. 1. 4—6. D. h. t. f) L. 5. §. 8. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 1. §. 19. D. si quid in fraud. patr. 38. 5. L. 9. 19. §. 4. D. h. t. g) L. 19. §. 2. D. h. t. L. 18. D. de reb. cred. 12. 1. L. 36. D. de acquir. dom. 41. 1. h) §. 40. J. de rer. div. 2. 1. L. 4. 6. 9. 10. 27. D. h. t. L. 12. §. 2. L. 38. 40. D. de usufr. 7. 1. i) §. 2. J. h. t. L. 35. §. 5. Cod. h. t. L. 12. 22. 33. pr. D. h. t. cf. L. 12. D. de novat. 46. 2. L. 1. §. 7. D. si quid in fraud. 38. 5. — L. 2. §. 1. L. 21. §. 1. L. 33. §. 3. D. h. t. L. 2. 3. 11. Cod. h. t. — L. 31. §. 3. L. 34. pr. D. h. t. k) L. 17. 21. pr. L. 33. §. 3. D. h. t. L. 1. D. de transact. 2. 15. — L. 7. §. 7. L. 50. pr. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 12. Cod de neg. gest. 2. 19.

Schenkung unter Lebenden (donatio inter vivos) oder Schenkung auf den Todesfall (mortis causa donatio).[l]) Die letzte ist eine Schenkung, deren Vollendung vom Tode des Schenkers abhängig gemacht wird, so daß sie nicht zu Stande kommt oder wieder rückgängig wird, wenn der Schenker den Beschenkten überlebt; wegen ihrer Verwandtschaft mit den Vermächtnissen wird diese Art der Schenkung im Erbrecht (Buch V. Cap. II.) näher erörtert werden. Schenkung unter Lebenden ist jede andere Schenkung, welche nicht in bezeichneter Weise von dem Tode des Schenkers abhängig gemacht ist, wenn gleich ihr (suspensiv oder resolutiv) eine Bedingung beigefügt seyn mag, die erst nach dem Tode des Schenkers erfüllt werden könnte.[m]) Nur von diesen Schenkungen ist in den folgenden §§. weiter die Rede.

Anm. 1) Vgl. überhaupt Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen nach R. Rt. Bd. I. Marburg 1835. Bd. II. Abth. 1. 1837. — Sav. System §. 142—176. Bd. IV. S. 1—297; insbesondere über Schenkungen unter Ehegatten S. 165—194, über Schenkung auf den Todesfall S. 239—280; über die Geschichte dieser Lehre: Puchta Cursus der Institutionen II. §. 205. 206.

2) Vgl. die Gegensätze in L. 65. §. 4. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. . . . . Si iussu meo traduntur, cui ego . . . . eas praestare debuerim vel in creditum ire vel donare voluerim; L. 49. D. de solut. 46. 3. . . . . Si iussu eius alii solvitur vel creditori eius vel futuro debitori vel etiam ei, cui donaturus erat. Meyerfeld I. S. 26. Donatio im engern und weitern Sinn: Sav. S. 13. 14.

3) Ueber die Frage, ob zu dem Wesen der Schenkung Annahme von Seiten des Beschenkten (Acceptation) erforderlich sey? vgl. L. 10. D. h. t. Absenti, sive mittas qui ferat, sive quod ipse habeat sibi habere eum iubeas, donari recte potest; sed si nescit, rem, quae apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum eius, cui donabatur, missa fuerit; nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat. L. 8. in f. D. de novat. 46. 2. . . . . liberat autem me is, qui quod debeo promittit, etiamsi nolim. L. 23. D. de solut. 46. 3. Solutione et iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus. L. 91. ibid. . . . . debitorem tuum etiam praesentem etiam invitum liberare ita poteris, supponendo a quo debitum novandi causa stipuleris. L. 50. pr. D. de donat. int. v. et u. 24. . . . . quaeritur enim,

---

l) pr. §. 1. J. h. t. Dig. de mortis causa donationibus. 39. 6. Cod. 8. 57. m) L. 27. 35. §. 2. D. de m. c. donat. 39. 6.

an mulier ex viri patrimonio locupletior sit . . . . facta autem intelligitur, quae aere alieno suo interventu viri liberata est. Meyerfeld I. S. 37 fgg. Sav. S. 145 fgg. Dagegen L. 19. §. 2. D. h. t. Non potest liberalitas nolenti acquiri. Puchta a. a. O. §. 205. not. p.

4) Früher war es üblich, die Lehre von der Schenkung in der Lehre vom Eigenthum einzuschieben, nach dem Beispiel der Institutionen, dann in der Lehre von den Obligationen, z. B. Heise, Mühlenbruch, Göschen, Seuffert u. a. Aber sowohl Schenkungsversprechen als schenkungsweise Uebertragung des Eigenthums sind nur einzelne Fälle der Schenkung. Die richtige Stellung hat dieser Lehre zuerst Puchta gegeben, Lehrb. der Institut. S. 29. System §. 68., nach ihm V. §. 121. Sav. a. a. O. Sint. §. 23.

§. 81.

b) Erfordernisse der Schenkung unter Lebenden.

Die Schenkung wird vollzogen durch die juristische Handlung, welche die in der Absicht zu schenken erzielte Bereicherung des Schenknehmers bewirkt, verschieden nach Verschiedenheit des Gegenstandes der Schenkung;[a] wobei nur das Besondere zu bemerken ist, daß das Schenkungsversprechen schon nach römischem Recht auch ohne Stipulation wirksam ist.[b] Vorausgesetzt wird aber die Befugniß des Schenkenden zu unentgeltlicher Veräußerung,[c] welche selbst in dem Recht freier Verwaltung fremden Gutes nicht enthalten ist.[d] Auch ist kraft besondern Rechtssatzes ungültig die Schenkung unter Ehegatten, worüber das Nähere in der Lehre von der Ehe.[e] Eine Schenkung aber, deren Summe oder Werthbetrag zur Zeit der Schenkung, also ohne Zurechnung der davon später gewonnenen Früchte[f], die Summe von 500 Solidi übersteigt,[1] bedarf zudem gerichtlicher Verlautbarung (Insinuation);[g] widrigenfalls ist sie, soweit sie jenen Betrag überschreitet,[h] nichtig.[2] Diese Vorschrift findet jedoch keine Anwendung auf mehrere

---

a) L. 10. 21. pr. 34. pr. D. h. t. cf. §. 80. not. 3. — L. 6. 28. Cod. h. t. b) L. 35. §. 5. Cod. h. t. (Just.) §. 2. J. h. t. c) L. 33. §. 2. D. h. t. L. 16. Cod. h. t. d) L. 7. D. h. t. L. 28. §. 2. D. de pactis. 2. 14. L. 22. 46. §. 7. D. de adm. tut. 26. 7. e) Dig. de donat. int. v. et u. 24. 1. Cod. 5. 16. f) L. 9. §. 1. L. 11. D. h. t. g) L. 36. §. 3. cf. L. 27. L. 30—35. Cod. h. t. — §. 2. J. h. t. h) L. 34. pr. L. 35. §. 3. in f. Cod. h. t.

nicht gleichzeitige Schenkungen von geringerem Betrage unter denselben Personen,[i] wenn nicht eine Umgehung des Gesetzes dadurch beabsichtigt ist,[k] auch nicht auf die Schenkung einer nicht schon für ein Jahr das gesetzliche Maß übersteigenden Rente,[l] während das Versprechen einer bestimmten Reihe jährlicher Leistungen, deren Gesammtbetrag die gesetzliche Summe übersteigt,[m] deßgleichen das Versprechen einer jeden Rente, aus welchem Recht und Verpflichtung auf die beiderseitigen Erben übergehen soll,[n] allerdings der erwähnten Rechtsvorschrift unterliegt. Ausgenommen von dieser Vorschrift sind außerdem a) Schenkungen des Regenten oder an denselben,[o] b) Schenkungen beweglicher Sachen der Kriegsobersten (magistri militum) an die Soldaten[p] (jetzt unpraktisch), c) Schenkungen zum Loskauf von Gefangenen,[q] und d) zum Wiederaufbau zerstörter Gebäude,[r] e) Bestellung einer Dos, sofern darin eine Schenkung für die Frau liegt,[s] nicht auch, wie einige angenommen haben, f) Schenkungen zu milden Zwecken (ad pias causas).[t]

Anm. 1) Ueber die Geschichte dieses Rechtssatzes und dessen historischen Zusammenhang mit der Lex Cincia vgl. Fragm. Vat. §. 248. sqq. Puchta Cursus der Institut. §. 206. Sav. IV. S. 194. fg. — Der Solidus ist in der Praxis gleichgeschätzt einem ungarischen Ducaten ursprünglichen Gepräges = 2⅔ Rthlr. oder 4 Gulden im Zwanzigguldenfuß = 2⅕ Rthlr. preuß. Cour., also 500 Solidi = 2000 Gulden im Zwanzigguldenfuß oder 2400 Gulden im Vierundzwanzigguldenfuß = 1400 Rthlr. preuß. Courant. Der eigentliche Werth des Solidus war höher. Vgl. Ztschr. für gesch. Rtsw. VI. S. 391. XII. S. 9. — Ueber Ermittelung des Werthes der Schenkung Sav. S. 211—216.

2) Folgen der Nichtigkeit: a) L. 34. §. 2. Cod. h. t. . . . . electionem damus ei, qui ampliorem summam in re donata habuerit, reliquam aestimationis quantitatem offerre ei, qui minorem causam habuit, et totum possidere. Sin autem hoc minime facere maluerit, tunc

---

i) L. 34. §. 3. Cod. h. t. k) arg. L. 29. 30. D. de legib. 1. 3. l) L. 34. §. 4. Cod. h. t. m) arg. L. 35. §. 7. D. de m. c. donat. 39. 6. L. 16. §. 1. D. de V. O. 45. 1. n) L. 34. §. 4. in f. Cod. h. t. o) L. 34. pr. Cod. h. t. nov. 52. cap. 2. p) L. 36. §. 1. Cod. h. t. q) L. 34. pr. L. 36. pr. Cod. h. t. r) L. 36. §. 2. Cod. h. t. s) L. 31. pr. Cod. de iure dot. 5. 12. cf. nov. 119. cap. 1. nov. 127. cap. 2. t) L. 34. pr. in f. Cod. h. t. cf. L. 35. §. 5. L. 36. pr. ibid. L. 19. Cod. de ss. eccles. 1. 2.

omnimodo res dividi secundum quantitatem utrique parti competentem, si res dividi sine suo periculo possibilis est. Sin autem in huiusmodi casibus, in quibus partitio utiliter celebrari minime potest, amplioris summae dominus noluerit aestimationem offerre, tunc licebit etiam ei, qui minoris summae habet potestatem, offerre pretium et totum sibi vindicare. b) L. 21. D. h. t. Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti; factum valet, ille enim suum recepit. §. 1. Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere iussi, an summoveris donationis exceptione necne tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. Sed ego si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sunt, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit, ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus; sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem. L. 24. D. ibid. Fideiussori eius, qui donationis causa pecuniam supra modum legis promisit, exceptio dari debet etiam invito reo, ne, si forte reus solvendo non fuerit, pecuniam fideiussor amittat. cf. Fragm. Vat. §. 266. 267. 310.

§. 82.

c) Wirkung der Schenkung.

Die Wirkung der Schenkung bestimmt sich näher durch ihren Inhalt. Eine Universalsuccession kann dadurch nicht begründet werden, wenn sie auch, was allerdings möglich ist, ein ganzes Vermögen [1]) oder einen aliquoten Theil desselben zum Gegenstande hat. [a]) Die gültig vollzogene Schenkung ist in der Regel unwiderruflich. [b]) Doch ist der Widerruf gestattet wegen Undanks des Beschenkten; [c]) der Schenker, nicht auch dessen Erbe, hat deßhalb eine persönliche Klage gegen den Beschenkten, nicht mehr gegen dessen Erben; [2]) sodann wegen nachgeborner Kinder, [d]) wenn nach dem Gegenstande der Schenkung anzunehmen ist, daß der damals kinderlose Schenker in Voraussicht jenes Ereignisses dieselbe gewiß nicht gemacht haben würde. [3])

---

a) L. 11. 22. 34. §. 4. 5. Cod. h. t. L. 8. Cod. de revoc. don. 8. 56. L. 28. D. h. t. L. 37. §. 3. D. de legat. III. L. 17. §. 1. D. quae in fraud. 42. 8. cf. L. 72. pr. D. de iure dot. 23. 3. cf. Fragm. Vat. §. 263. L. 1. 2. Cod. Hermog. de donat. tit. VI. b) L. 2—5. Cod. de revocandis donat. 8. 56. c) L. 10. cf. L. 1. 7. 9. Cod. l. c. d) arg. L. 8. Cod. l. c.

Andere Personen können eine Schenkung anfechten wegen Schmälerung ihres Pflichttheils [e]) und wegen Beeinträchtigung ihrer Forderungen, [f]) wovon an anderem Orte.

Anm. 1) Auch das gegenwärtige und zukünftige Vermögen? Sav. §. 159. Meyerfeld II. §. 21. — P. §. 71. not. g. Vorles. I. S. 150.

2) L. 10. Cod. cit. (Just. a. p. Chr. 530.) Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut a) iniurias atroces in eum effundat, vel b) manus impias inferat, vel c) iacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponit, vel d) vitae periculum aliquod ei intulerit, vel e) quasdam conventiones, ... quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. . . . . Hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus etc. cf. L. 7. cit. Actionem vero matris ita personalem esse volumus ut vindicationis (d. i. vindictae) tantum habeat effectum, nec in heredem detur nec tribuatur heredi. Nach älterm Recht stand ein solches Recht des Widerrufs nur Eltern gegen Kinder und dem Patron gegen den Freigelassenen zu. L. 1. 7. 9. Cod. citt. Die Mutter, welche zur zweiten Ehe geschritten (mater binuba), kann in den Fällen a, e gar nicht widerrufen, in dem Falle c nur wegen Versuchs gänzlicher Vermögensentziehung. L. 7. Cod. l. c. nov. 22. cap. 35. Mütter aber, quae portentosae vilitatis abiectaeque pudicitiae sunt, können in keinem Falle widerrufen. L. 7. cit. in f.

4) Nach R. Rt. steht dieses Recht nur dem kinderlosen Patron gegen den beschenkten Freigelassenen zu. L. 8. Cod. cit. Vgl. Puchta Curs. der Inst. §. 206. Die Praxis hat es auch auf andere Schenker ausgedehnt. P. §. 70. not. d., jedoch nicht ohne Widerspruch. Sav. S. 229. not. h.

§. 83.

d) Besondere Arten der Schenkung.

Als solche sind hervorzuheben 1) die remuneratorische Schenkung, d. i. eine Schenkung, wozu der Schenker durch Dankbarkeit bewogen wurde. [a]) Sie ist eine wahre Schenkung, ihrer Wirkung nach unabhängig von der Wahrheit des Beweggrundes, [b]) und unterliegt daher auch den gesetzlichen Beschränkungen

---

[e]) Cod. de inofficiosis donat. 3. 29. [f]) Dig. quae in fraud. cred. 42. 8.

[a]) L. 10. §. 13. L. 12. D. mandati. 17. 1. L. 25. §. 11. D. de hered. pet. 5. 3. [b]) L. 65. §. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. L. 3. §. 7. D. causa data. 12. 4.

der Schenkungen.[1]) Indessen ist es möglich, daß einer Gabe nicht sowohl die Absicht zu schenken (animus donandi), als vielmehr die Absicht, einen lohneswerthen Dienst zu belohnen, zum Grunde liegt, wenn auch ein rechtlicher Anspruch auf Lohn nicht begründet ist,[c]) und dieses wird namentlich angenommen bei einer Belohnung für Lebensrettung,[d]) als eine unschätzbare Dienstleistung.[2]) Eine solche Gabe ist nicht als Schenkung anzusehen. 2) Die Schenkung mit einer Auflage, donatio sub modo.[e]) Hier liegt in der Annahme der Schenkung zugleich die Uebernahme einer Verpflichtung, es sey zu einer Leistung an den Geber selbst[f]) oder an einen Dritten[g]) oder zu irgend einer andern Handlung.[h]) Es entsteht daraus eine Klage auf Erfüllung der Auflage, im ersten Fall für den Schenker,[i]) im zweiten Fall für den Dritten,[k]) oder deren Erben; in jedem Fall aber kann wegen verschuldeter Nichterfüllung der Schenker oder dessen Erbe das Geschenkte durch condictio ob causam dati zurückfordern,[l]) oder, wenn dem Schenker zu leistende Alimente verweigert werden, vindiciren,[m]) der Schenker selbst auch wegen Undanks widerrufen.[n]) Uebrigens finden darauf, soweit darin eine Schenkung liegt, auch die Vorschriften über Schenkungen Anwendung[3]). Verwandt der donatio sub modo sind 3) Schenkungen, die in ein anderes Rechtsgeschäft eingeschlossen werden, z. B. in einen Kaufvertrag[o]) oder Gesellschaftsvertrag,[p]) mixtum negotium cum donatione; zu unterscheiden von einer reinen Schenkung, welcher nur der falsche Schein eines andern Rechtsgeschäfts gegeben ist[q]). Dort ist das Rechts-

---

c) L. 27. D. h. t. d) L. 34. §. 1. D. h. t. e) Cod. de donationibus quae sub modo conficiuntur. 8. 55. f) L. 1. 2. Cod. h. t. L. 9. 22. Cod. de donat. 8. 55. L. 3. Cod. de contrah. emt. 4. 38. L. 8. Cod. de rer. permutat. 4. 64. g) L. 3. Cod. h. t. 8. 55. h) L. 2. §. 7. D. h. t. 39. 5. L. 71. pr. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 13. §. 2. L. 14. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 36. §. 2. Cod. h. t. 8. 54. i) L. 9. 22. Cod. cit. L. 8. Cod. cit. k) L. 3. cit. cf. Fragm. Vat. §. 286. l) L. 3. 8. Cod. de cond. ob caus. 4. 6. cf. L. 18. D. h. t. 39. 5. m) L. 1. Cod. h. t. 8. 55. n) L. 10. Cod. de revoc. donat. 8. 56. o) L. 5. §. 5. L. 32. §. 26. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. p) L. 32. §. 24. D. l. c. L. 5. §. 2. D. pro socio. 17. 2. q) L. 32. cit. §. 25. 26. L. 36. 38. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 3. 9. Cod. eod. 4. 38.

schäft als Schenkung zu behandeln, soweit sich nach Absicht und Inhalt der die Schenkung bildende Bestandtheil ausscheiden läßt.[r]

Anm. 1) L. 25. §. 11. cit. .... nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur (sc. bonae fidei possessores hereditatis), quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si *ἀντίδωρα* acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt, velut genus quoddam hoc esset permutationis. cf. L. 54. §. 1. D. de furtis. 47. 2. Species enim lucri est, beneficii debitorem sibi acquirere. Vgl. Meyerfeld I. §. 19. Sav. §. 153. Mehr oder minder abweichend u. a. a) Schweppe §. 503. b) Wening=Ingenheim §. 283. c) V. §. 125. M. §. 443; die letzten schließen nur den Widerruf aus.

2) L. 34. §. 1. D. h. t. (Paul. lib. V. sent.) Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est; non merces (Vulg. *nam merces*, Hal. *merces enim*) eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit. In Pauli sentt. V. 11. §. 6 lautet die Stelle so: Ei, qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur; si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est: quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit. Vgl. L. 27. D. h. t. .... posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum.

3) Ohne Grund erklärt die Insinuation für entbehrlich und beschränkt den Widerruf M. §. 445. Vgl. auch Donell. lib. XIV. cap. 26. §. 3. cap. 27. §. 12—15. Dagegen §. 82. Anm. 2. e. Sav. §. 154. 175.

D. Von unerlaubten Handlungen insbesondere.

§. 84.

1) Ueberhaupt.

Handlungen können entweder an sich widerrechtlich seyn oder nur in Beziehung auf ein besonderes Verpflichtungsverhältniß des Handelnden. Im ersten Fall heißen sie Verbrechen oder Vergehen, delicta, und insofern sie Privatrechte verletzen, delicta privata, eine Quelle selbständiger Rechtsansprüche, der obligationes ex delicto. Im andern Fall erzeugen sie nur eine Modification des ohnehin bestehenden Verpflichtungsverhältnisses. Jede widerrechtliche Handlung aber setzt voraus objectiv eine Verletzung

---

[r]) L. 5. §. 2. 5. D. de donat. int. v. et u. 24. 1.

und subjectiv eine Beziehung zu dem Willen einer Person, vermöge welcher jene dieser zuzurechnen, zu imputiren ist. Dieses zweite Moment bezeichnet das Wort Schuld, culpa im weitern Sinn.

Anm. L. 1. pr. D. de iniur. 47. 10. Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat; omne enim quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter; specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus. Interdum iniquitatem iniuriam dicemus; nam quum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam (Vulg. *dicam*) quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam; contumeliam autem a contemnendo. L. 5. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Iniuriam autem hic accipere nos oportet . . . . quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est, si culpa quis occiderit . . . . §. 2. Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit; quae enim in eo culpa sit, quum suae mentis non sit?

2) Von der Schuld bei widerrechtlichen Handlungen.[1])

§. 85.

a) Begriff und Art der Schuld.

Schuld, culpa im weitern Sinn, ist dasjenige Moment in dem Willen einer Person, in Beziehung auf eine (positive oder negative) Handlung, vermöge deßen diese als Urheber einer Rechtswidrigkeit, als Bewirker eines Unrechts erscheint.[a]) Diese unrechtliche Willensstimmung kann in bewußtem Wollen des Unrechts bestehen, es sey nun, daß man absichtlich etwas thue oder absichtlich etwas unterlasse, was den rechtswidrigen Erfolg erzeugt. Das ist böser Wille, böser oder rechtswidriger Vorsatz, dolus, dolus malus.[b]) Sie kann aber auch nur in einem Mangel an gebührender Aufmerksamkeit und Besonnenheit bestehen, in einem Mangel an Energie des Willens, die Verletzung zu vermeiden, ohne die auf das Unrecht gerichtete

---

[a]) L. 5. §. 1. L. 9. §. 4. L. 10. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 3. D. depos. 16. 3. L. 91. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 9. §. 3. D. de minor. 4. 4. L. 38. D. sol. matr. 24. 3. [b]) L. 15. §. 1. D. de iud. 5. 1. L. 1. §. 47. L. 13. D. depos. 16. 3. L. 61. §. 5. D. de furt. 47. 2. L. 3. §. 6. D. de hom. lib. exhib. 43, 29. cf. L. 1. §. 1. 2. D. de dolo 4. 3.

Absicht. Alsdann heißt die Schuld culpa im engern Sinn, Fahrlässigkeit, Versehen, im Gegensatz von dolus. [c]) Auch diese kann sowohl im Thun als im Unterlassen begangen werden, culpa in faciendo oder culpa in non faciendo. [d]) Doch wird in Fällen, wo zwar das Bewußtseyn des Unrechts nicht fehlt, aber der nächste Beweggrund des Handelns an sich nicht verwerflich, daher auch der Wille nicht eigentlich auf die Rechtsverletzung gerichtet ist, nur von culpa, freilich dolo proxima, gesprochen. [e]) Zum Daseyn eines Delicts wird nun meistentheils böser Wille, Dolus, vorausgesetzt. [f]) Wegen bloßer Culpa wird man gewöhnlich nur verantwortlich, sofern durch ein besonderes Rechtsverhältniß die Verpflichtung zu einer gewissen Sorgfalt begründet ist. [g]) Aber es gibt auch Delicte, die bloß durch Culpa begangen werden. Wegen Zerstörung oder Beschädigung fremder Sachen namentlich wird jeder verbindlich zum Schadensersatze, sofern jene nur irgendwie als Folge einer nicht schuldlosen Thätigkeit, wenn auch nur einer Unachtsamkeit im Thun, ihm zur Last gelegt werden kann. [h]) In dieser Beziehung hat man daher nach dem Namen des betreffenden Gesetzes (Lex Aquilia) die Aquilische Culpa besonders ausgezeichnet; [2]) sie bezeichnet die Gränze des Gebietes der an sich rechtswidrigen Handlungen; was darüber hinausliegt, gehört dem Zufall an (casus). [i])

Anm. 1) Vorzüglich J. Chr. Hasse, die Culpa des R. Rts. Kiel 1815. 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg, Bonn 1838. Vgl. Donell. lib. XVI. cap. 6. 7. Löhr Theorie der Culpa. Gießen 1806. Beiträge zur Theorie der Culpa. 1808. Mag. IV. 25. (1844.) Zirkler im Rtsler. III. S. 83–133. 466–505.

2) L. 44. D. ad leg. Aquil. 9. 2. In lege Aquilia et levissima culpa venit. Ueber die Aquilische Culpa vgl. besonders Hasse §. 4–13.

---

c) L. 61. §. 5. D. cit. d) L. 91. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 1. pr. D. de tut. et rat. distrah. 27. 3. e) L. 7. pr. D. depos. 16. 3. L. 8. §. 10. D. mand. 17. 1. L. 7. §. 7. D. de dolo. 4. 3. f) L. 50. §. 2. D. de furt. 47. 2. L. 2. 4. D. vi bon. rapt. 47. 8. L. 3. §. 2. D. de iniur. 47. 10. cf. L. 12. 14. D. de adult. 48. 5. L. 16. D. ad leg. Corn. de sicar. 48. 8. u. a. g) L. 13. §. 2. D. de usufr. 7. 1. h) Dig. ad leg. Aquil. 9. 2. i) §. 3. J. de lege Aquil. 4. 3. L. 30. §. 3. L. 52. §. 4. D. eod. 9. 2.

S. 15 fg. S. 63 fgg. über culpa in faciendo und in non faciendo S. 105 fg. — Ritsler. S. 103 fg.

§. 86.

b) Grade der Culpa.

Bei Beschädigungen, welche unter die Lex Aquilia fallen, werden keine Grade des Verschuldens unterschieden. Jede Beschädigung aus bloßem Versehen hat dieselbe Wirkung wie die vorsätzliche.[a]) Wer aber in einem besondern Verpflichtungsverhältniß zu einem Andern steht, der hat in dessen Interesse selbst eine gewisse Sorgfalt oder Beflissenheit (diligentia) zu bethätigen, deren Versäumung (negligentia), es sey durch Mangel an Achtsamkeit in der Thätigkeit oder durch reine Unthätigkeit, eben darum als Verschulden gegen jenes Verpflichtungsverhältniß, als Culpa, erscheint. Jene Sorgfalt nun kann in verschiedenen Graden gedacht werden, und so gibt es denn auch im Gegensatze davon verschiedene Grade der Culpa. Einen allgemeinen Maßstab dafür gibt die Sorgfalt, welche ein sorgsamer und verständiger Hausvater in gleichem Verhältniß regelmäßig bewähren wird (diligentia diligentis patrisfamilias).[b]) Der Mangel derselben ist eine gewöhnliche Schuld, meistens culpa schlechtweg, levis culpa,[c]) die geringste Schuld, für welche Jemand verantwortlich gemacht wird; sie gränzt unmittelbar an den Zufall, welcher dem Verpflichteten nicht zuzurechnen ist.[d]) Es kann aber auch die geringere Vorsicht, die selbst der gewöhnliche Mensch gewöhnlich nicht vermissen läßt, zum Maßstab der Beurtheilung dienen. Die Vernachlässigung derselben ist eine grobe Schuld, lata culpa.[e]) Diese gränzt unmittelbar

---

a) §. 3. J. cit. b) L. 13. §. 1. L. 14. D. de pign. act. 13. 7. L. 11. D. de peric. et comm. 18. 6. L. 25. pr. in f. D. de probat. 22. 3. L. 137. §. 2. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 31. D. ad leg. Aquil. 9. 2. c) L. 13. §. 1. cit. §. 4. J. quib. mod. re contr. 3. 14. §. 5. J. de locat. 3. 24. L. 25. §. 7. D. locati. 19. 2. L. 22. §. 3. D. ad Sc. Treb. 36. 1. L. 20. Cod. de neg. gest. 2. 19. L. 7. Cod. arb. tut. 5. 51. L. 47. §. 5. D. de legat. I. d) L. 18. pr. D. commod. 13. 6. L. 1. §. 4. D. de o. et a. 44. 7. e) L. 213. §. 2. L. 223. D. de V. S. L. 7. Cod. l. c.

an den rechtswidrigen Vorsatz, ist culpa dolo proxima,[f] und wird in Verpflichtungsverhältnissen demselben gleich behandelt.[g])

Nicht einen besondern Grad, sondern eine besondere Richtung der Sorgfalt bezeichnet die custodia, diligentia in custodiendo,[h]) deren Versäumung, culpa in custodiendo, insbesondere wegen Entwendung der Sache verantwortlich macht.

Nach Verschiedenheit der Verhältnisse wird man bald für jedes Versehen verantwortlich, omnis culpa, dolus et culpa, d. i. dolus mit Inbegriff der lata culpa, und levis culpa, bald nur für dolus mit Inbegriff der lata culpa.[i]) In Fällen der ersten Art wird aber bisweilen noch mildernde Rücksicht genommen auf die Sorgfalt, welche der Verpflichtete in seinen eignen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, wenn sie auch geringer ist, als die eines sorgsamen Hausvaters, diligentia, quam suis rebus sc. adhibere quis solitus est,[k]) sogenannte diligentia in concreto, deren Vernachlässigung, im Gegensatze der sog. culpa in abstracto, die sog. culpa in concreto ist, und diese kann andrerseits wieder unter Umständen als lata culpa oder dolo proxima[l]) erscheinen.

Anm. 1) L. 11. cit. (not. b.) Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit: quia (vielleicht quin? oder quid?) sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit; quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi ac diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. — L. 13. §. 1. L. 14. cit. Venit autem in hac actione (pigneratitia) et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit. — Ea igitur, quae

---

f) L. 29. pr. D. mand. 17. 1. L. 22. §. 3. D. cit. L. 8. §. 3. D. de precario. 43. 26. g) L. 226. D. de V. S. L. 1. §. 1. D. si mensor. 11. 6. L. 8. §. 3. cit. L. 1. §. 5. D. de O. et A. 44. 7. L. 1. §. 2. D. si is qui test. lib. 47. 4. cf. L. 7. D. ad leg. Cornel. de sicar. 48. 8. h) L. 5. §. 5. 6. L. 10. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 13. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. 12. pr. L. 14. §. 6. 10. 12. D. de furt. 47. 2. L. 21. pr. L. 36. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. §. 3. J. de emt. 3. 23. i) L. 23. D. de R. J. cf. L. 13. Cod. mand. 4. 35. L. 5. §. 2. D. commod. 13. 6. L. 17. §. 2. D. praescript. verb. 19. 5. not. b. c. g. k) L. 72. D. pro socio. 17. 2. L. 17. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 1. pr. D. de tut. et rat. distrah. 27. 3. l) L. 32. D. depos. 16. 3. L. 22. §. 3. D. ad Sc. Treb. 36. 1.

diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. — L. 137. §. 2. cit. . . . . aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promiserit: ut qui Ephesi daturum se spoponderit, neque diplomate diebus ac noctibus omni tempestate contemta iter continuare cogatur, neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis quum id agat, ut mature perveniat, i. e. eodem tempore, quo plerique eiusdem conditionis solent pervenire. — §. 5. J. 3. 24. Custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda re non tenebitur. — Dasselbe bezeichnen die Ausdrücke diligentia schlechtweg, exacta diligentia, exactissima diligentia, omnis diligentia u. a. Ebenso andrerseits culpa, levis culpa, levissima culpa, omnis culpa.

2) L. 213. §. 2. cit. (not. e). Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt. L. 223. ib. Latae culpae finis est non intelligere quod omnes intelligunt. L. 226. ib. Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est. — L. 29. pr. cit. (not. f.) dissoluta enim negligentia prope dolum est. L. 1. §. 1. cit. Lata culpa plane dolo comparabitur. — L. 32. D. cit. (not. l.). Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam praestabit.

3) Die früher herrschende Theorie unterschied drei Grade der Culpa, lata, levis und levissima culpa. So im Preuß. Ldrt.: „grobes, mäßiges, geringes Versehen.“ Die Bekämpfung dieser Trichotomie durch Donellus blieb unbeachtet, bis Thibaut dessen Ansichten wieder geltend machte. Seitdem hat die richtige Ansicht, besonders durch Löhr und Hasse fester begründet, allgemeine Anerkennung gefunden. Vgl. noch Seuffert Erörtr. I. S. 102. fgg. B. §. 107. P. §. 264—267.

IV. Von der Zeit in ihrer Beziehung auf Entstehung und Endigung von Rechten.

§. 87.

1) Vom Einfluß der Zeit auf Rechtsverhältnisse im Allgemeinen.

Die Zeit kann auf Rechtsverhältnisse in verschiedener Weise Einfluß haben.[1] Denn 1) gewisse Handlungen, namentlich gerichtliche, sollen nach gesetzlicher Vorschrift an gewissen Tagen

(Feiertagen) nicht vorgenommen werden.[a] 2) Die Wirkung gewisser Handlungen kann vermöge gesetzlicher oder richterlicher Festsetzung von deren Vornahme zu oder innerhalb gewisser Zeit (Termine, Fristen) abhängig seyn. 3) Rechtsgeschäften kann durch Privatwillkür eine Zeitbestimmung hinzugefügt seyn (§. 73). 4) Mit einer gewissen Dauer eines Zustandes sind häufig besondere rechtliche Wirkungen verbunden. Hinsichtlich dieses Einflusses der Zeit bedarf es näherer Bestimmungen über Zeiteintheilung (§. 88) und Zeitberechnung (§. 89. 90).

In der letzten Beziehung ist insbesondere hervorzuheben die Veränderung in Rechten, welche als Folge der eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzten Ausübung oder Nichtausübung derselben eintritt.[b] Man bezeichnet diese im Allgemeinen durch den Ausdruck Verjährung, praescriptio, und zwar erwerbende Verjährung, praescriptio acquisitiva, oder erlöschende Verjährung, praescriptio extinctiva, je nachdem die Wirkung zunächst im Erwerb eines Rechts durch fortgesetzte Ausübung oder im Verlust durch fortgesetzte Nichtausübung besteht. Es ist aber ein Mißgriff, die Verjährung als Ein zusammenhängendes Rechtsinstitut darzustellen,[2] sie kommt bei verschiedenen Rechten in ganz verschiedenartiger Gestaltung vor. Nur eine Art sogenannter Verjährung ist wegen ihrer allgemeinen Bedeutung hier schon näher zu betrachten (§. 91).

Anm. 1) Ueber diese ganze Lehre vorzüglich Sav. §. 177—201. IV. S. 297—535; eine Uebersicht der einzelnen Einwirkungen der Zeit das. §. 177. Vgl. die sonst dem Eusthatios beigelegte Schrift über die Zeitabschnitte: *αἱ ῥοπαὶ* oder *περὶ χρόνων προθεσμίας ἀπὸ ῥοπῆς ἕως ἑκατὸν ἐνιαυτῶν*. Ausg. von C. E. Zachariae, Heidelb. 1836.

2) Jac. Ravii principia univ. doctrinae de praescriptione acquisitiva et extinctiva. Hal. 1766., ed. 3. 1790. Thibaut, über Besitz und Verjährung. Jena 1802. Unterholzner ausführliche Entw. der gesamm-

---

a) Dig. de feriis et dilationibus et diversis temporibus. 2. 12. Cod. de feriis. 3. 12. X. 2. 9. b) Dig. de diversis temporalibus praescriptionibus. 44. 3. Cod. de annali exceptione italici contractus tollenda et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interpellationibus earum. 7. 40. X. de praescriptionibus. 2. 26. in 6to. 2. 13.

ten Verjährungslehre. 2 Bde. Leipzig 1828. Vgl. Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 9. „von der Verjährung" §. 500—669. Cod. Nap. liv. III. tit. 20. de la préscription.

§. 88.

2) Zeiteintheilung.

Die Zeit wird in gewisse Abschnitte eingetheilt: Jahre, Monate, Wochen, Tage. Eine feststehende Eintheilung der Zeit nach den genannten Abschnitten bietet der Kalender dar. Mit Rücksicht darauf nennt man einen Zeitabschnitt, sowie er im Kalender bestimmt ist, mit festem Anfangs- und Endpunkte, Kalenderjahr, Kalendermonat, Kalenderwoche, Kalendertag (civilis annus, mensis, dies). [a]) Der letzte, in 24 Stunden abgetheilt, ist der Zeitraum von einer Mitternacht zur andern. [b]) Das Jahr besteht aus 365 Tagen, vom 1. Januar bis zum 31. December einschließlich. Doch wird in jedem vierten Jahre nach dem 23. Februar ein Tag zugesetzt (Schalttag, dies intercalaris), [c]) was nur dreimal in 400 Jahren unterbleibt. Aber dieser Schalttag wird juristisch mit dem folgenden Tage zusammen für einen Kalendertag gerechnet (bissextus, prior et posterior). [d]) In Rechtsverhältnissen kommen nun aber meistentheils Zeitabschnitte von gleichem Umfang und gleicher Benennung, mit wandelbarem Anfangs- und Endpunkte, in Betracht. So steht dem Kalenderjahr gegenüber ein Zeitjahr (bewegliches, natürliches Jahr), d. i. ein Zeitabschnitt von 365 Tagen, [e]) mit willkürlichem Anfangspunkte; ebenso dem Kalendertag ein Zeittag, natürlicher Tag, d. i. ein Zeitabschnitt von gleicher Länge, wie der Kalendertag, aber nicht von Mitternacht an gerechnet. Schwierigkeit macht hier nur der Monat, weil die Kalendermonate von ungleicher Länge sind. Allein wenn in gesetzlichen Bestimmungen eine Zeitfrist nach Monaten be-

---

a) Censorin. cap. 20. 22. 23. b) L. 8. D. de feriis. 2. 12. cf. Gell. III. 2. c) L. 2. D. de div. temp. 44. 3. d) L. 2. cit. L. 98. D. de V. S. L. 3. §. 3. D. de minor. 4. 4. cap. 14. X. de V. S. 5. 40. e) L. 51. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 4. §. 5. D. de statulib. 40. 7. L. 134. D. de V. S.

zeichnet ist, so wird regelmäßig ein Monat gleich 30 Tagen gerechnet [f]) (Zeitmonat).

Anm. 1) Ueber die Zeiteintheilung überhaupt vgl. Censorinus de die natali. cap. 19—24. Macrobii Saturn. I. 3. 12—16. Ideler Hdb. der math. und technischen Chronologie. 2 Bde. Berlin 1825. 1826. Gmelin im jurid. Arch. I. S. 577 fgg. S. 756 fgg. — Sav. IV. S. 320—347.

2) Der heutige Kalender ist im Wesentlichen der a. u. 709 von Julius Cäsar eingeführte (Julianische) Kalender, nur verbessert in Betreff der Schalttage durch Gregor XIII. im J. 1581 (der Gregorianische Kalender). Aber die Römer zählten bekanntlich die Monatstage anders als wir, zurückrechnend von den Nonae und Idus des Monats (d. i. dem 7., beziehungsweise 15. im März, Mai, Juli und October, dem 5., beziehungsweise 13. in den übrigen Monaten), sodann den Kalendae, d. i. dem 1. des folgenden Monats, z. B. ante diem XVII. Kal. Jan. d. i. der 16. Dec., indem gerechnet wird 1) Kal. Jan. 2) pridie Kal. Jan., d. i. 31. Dec. 3) III. ante Kal. Jan., d. i. 30. Dec. u. s. w.

3) Den Tag theilten auch die Römer in 24 Stunden ein, aber in 12 Stunden des Tages von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang (horae diei, lucis, dies naturalis) und 12 Stunden der Nacht von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang (horae noctis). Das Ende der hora sexta noctis war Mitternacht. Die Stunden waren also Zeitabschnitte von wandelbarer Größe (je nach den Jahreszeiten).

4) Nach dem Jul. Kalender war das Sonnenjahr angenommen zu 365¼ Tagen; daher alle vier Jahre ein Schalttag. Es beträgt aber genau 365 T. 5 St. 48′ 48″; daher wird nach dem Gregor. Kalender in 400 Jahren dreimal die Einschaltung unterlassen; die überzähligen Tage wurden im Jahre 1581 ausgelassen. Nach römischem Kalender ist der 24. Februar eines gemeinen Jahres der dies sextus ante Kalendas Martias, der 23. Februar dies septimus. Zwischen diesen beiden wird im Schaltjahr ein Tag eingeschaltet, ohne die Zählung der Tage zu ändern. Beide Tage, der 24. und 25. Februar des Schaltjahrs heißen nun bissexti, zusammen bissextum, und zwar der 25. bissextus prior, der 24. bissextus posterior, und von diesen beiden Tagen gilt die Regel: id biduum pro uno die habetur. L. 98. pr. D. de V. S. — L. 3. §. 3. D. de minor. Si bissexto natus est sive priore sive posteriore die, Celsus scripsit nihil referre; nam id biduum pro uno die habetur et posterior dies Kalendarum intercalatur. L. 2. D. cit. In tempore constituto iudicatis an intercalaris dies proficere iudicato necne debeat,

---

f) L. 11. §. 6. L. 29. §. 5. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. L. 1. §. 10. D. ad Sc. Turpill. 48. 16. L. 22. §. 1. 2. 11. Cod. de iure delib. 6. 30. Nov. 115. cap. 2. cf. Paull. sentt. IV. 9. §. 5. L. 28. 31. §. 22. D. de aedil. ed. 21. 1.

quaeritur; item de tempore, quo lis perit. Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet, aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque actiones; et si quis fundum ea lege vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet tempori (Vulg. emptori); mihi contra videtur. — Vor Cäsar wurde von Zeit zu Zeit ein ganzer Monat eingeschaltet, mensis intercalaris. Darauf bezieht sich L. 98. §. 1. D. de V. S. — Sav. §. 192—194.

5) Der Bestimmung der Monatsfrist auf 30 Tage scheint entgegen zu seyn L. 101. D. de R. J. Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus erit; ita enim et Imp. Antoninus cum divo patre suo rescripsit. Sav. S. 392—398. P. §. 74. not. d. §. 75. not. e. — Emendationen: *sexagesimo die*, vgl. Eustathius cap. 14. ed. Zachar. p. 149. not. 3.; *sexagesimo et primo* d. i. *postremo die*, Huschke in Linde's Ztschr. n. F. II. S. 166—180. — Nicht entgegen steht L. 5. pr. Cod. de temp. app. 7. 63. „aliis trium mensium spatiis, id est nonaginta et tribus diebus," vgl. L. 2. ibid., noch auch L. 12. D. de statu hom. 1. 5. L. 3. §. 12. D. de legit. 38. 16. septimo mense = centesimo octogesimo secundo die natus. (§. 39.). Auf diese Stelle und L. 101. cit. gründet eine andere Monatsrechnung Schrader Abh. II. 3., nämlich ein Monat = $\frac{1}{12}$, 2 Monate = $\frac{1}{6}$, 6 Monate = $\frac{1}{2}$ von 365 Tagen, nur mit Beseitigung der Bruchtheile. — Uebrigens vgl. noch RA. von 1548: „in 6 Monaten, einen jeden Monat für 4 Wochen zu rechnen". Ueber die Rechnung von Monatstag zu Monatstag L. 2. Th. Cod. de decurion. 12. 1. utrum ex numero dierum an ex nominatione Kalendarum computari duorum mensium spatia debeant? Im heutigen Rechtsverkehr ist diese Rechnung, z. B. „vom 12. Jan. bis zum 12. März" sehr gewöhnlich; z. B. Preuß. Landr. II. 8. §. 855. vgl. I. 9. §. 550. Code de commerce art. 132. Deutsche Wechselordnung §. 32. Sav. S. 341—344.

3) Berechnung von Zeiträumen.

§. 89.

a) Civilcomputation. [1])

Der Anfang eines Zeitraums, an dessen Ablauf sich eine juristische Wirkung knüpft, wird regelmäßig durch eine Thatsache bezeichnet, z. B. Geburt, Besitzerwerbung, welche in den Umfang eines Kalendertags fällt. Nach genauer Berechnung müßte demnach als Endpunkt eines nach Tagen oder größeren Zeitabschnitten bestimmten Zeitraums der jenem Anfangspunkte entsprechende Moment im Laufe eines andern Kalendertages,

des letzten, der noch als Theil jenes Zeitraums in Betracht kommen kann, angenommen werden. Eine solche genaue Zeitberechnung nennen die Römer ad momenta oder a momento in momentum tempus computare, die Neueren Naturalcomputation. Sie wird aber im römischen Recht nur ausnahmsweise angewendet und ist durchaus nicht als Regel anzusehen.[2]) Regelmäßig wird vielmehr ein Zeitraum nur nach ganzen Kalendertagen gerechnet. Dieß heißt ad dies numerare, civiliter tempus computare, daher Civilcomputation. Dabei wird regelmäßig derjenige Tag, auf welchen der eigentliche Anfangspunkt des Zeitraums fällt, als der erste angerechnet, wornach denn der letzte Tag (novissimus, postremus oder extremus dies) zu bestimmen ist.[3]) Was aber diesen letzten Tag betrifft, so ist zu unterscheiden, ob der Erwerb eines Rechts oder einer Fähigkeit als Folge eines eine gewisse Zeit hindurch dauernden Zustandes in Frage steht, oder der Verlust eines Rechts als Folge einer so langen Versäumniß.[4]) Im ersten Falle genügt es, wenn jener Zustand nur auch an dem letzten Tage noch bestanden hat, wenn also dieser Tag nur erreicht worden ist (dies coeptus pro completo habetur); im letzten Fall wird vorausgesetzt, daß auch der letzte Tag noch versäumt worden, dieser also ganz abgelaufen sey.[5])

Anm. 1) Ueber diese sehr streitige Lehre sind zu vergleichen: Koch Belehrungen über die Mündigkeit zum Testiren. Gießen 1796. Hagemeister eben darüber, im civ. Mag. III. 1. Koch Bestätigung der Bel. 1798. Gmelin a. a. O. (§. 88. Anm. 1.) Erb über den annus civilis im civ. Mag. V. 8. Löhr über civ. comp. im civ. Arch. XI. 18. Unterholzner Verjährungsl. I. §. 90. Reinfelder der annus civilis. Stuttgart 1829. Wang. §. 296. Sav. §. 182—188. Puchta Curs. der Institut. II. §. 199. Bachofen in Linde's Ztschr. XVIII. 2. 11. Huschke a. a. O. (§. 88. Anm. 5.)

2) L. 3. §. 3. D. de min. 4. 4. Minorem autem XXV annis natu videndum an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam qua natus est, ut, si captus sit, restituatur. Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum, ut a momento in momentum tempus spectetur. Man zählt dahin auch noch, obwohl ohne genügenden Grund, die Appellationsfrist nach Nov. 23. cap. 1.: intra decem dierum spatium a recitatione sententiae numerandum.

3) Vgl. Anm. 4. g. L. 1. §. 5. 12. D. quando app. 49. 4. Bachofen S. 45 fg. Huschke S. 165 mit Sav. S. 361 fg. Beil. XI. S. 602—616. P. §. 75. not. e.

4) Die entscheidenden Stellen sind folgende: a) L. 5. D. qui testam. fac. 28. 1. A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone aliquem Kalendis Januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere; plus arbitror, etiam si pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum; jam enim complesse videtur quartum decimum annum. b) L. 1. D. de manumiss. 40. 1. Placuit eum, qui Kalendis Januariis natus post sextam noctis pridie Kalendas quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere; . . . . iam autem minor (XX annis) non est, qui diem supremum agit anni vicesimi. c) L. 132. pr. L. 134. D. de V. S. Anniculus amittitur, qui extremo anni die moritur. . . . . Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo et quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter, non ad momenta temporum sed ad dies numeramus. cf. L. 12. §. 5. D. de Publ. act. 6. 2. d) L. 15. pr. D. de div. temp. 44. 3. In usucapione ita servatur, ut etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus. L. 6. 7. D. de usurp. 41. 3. In usucapionibus non a momento ad momentum sed totum postremum diem computamus; . . . . ideoque qui hora sexta diei Kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kalendas Januarias implet usucapionem. e) Gell. noct. Att. III. 2. Q. quoque Mucium dicere solitum legi, lege non isse usurpatum mulierem, quae Kalendis Januariis apud virum causa matrimonii esse coepisset, et ante diem quartum Kalendas Januarias sequentes usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII. tabulis deberet: quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis. cf. Macrob. Sat. I. 3. f) L. 6. D. de O. et A. 44. 7. In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem (Vulg. *non finitur obligatio*). g) L. 101. D. de R. J. (§. 88. Anm. 5.) L. 1. §. 9. D. de succ. ed. 38. 9. Quod dicimus intra dies centum bonorum possessionem peti posse, ita intelligendum est, ut et ipso die centesimo bonorum possessio peti possit. L. 30. §. 1. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. Sexaginta dies a divortio numerantur, in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est.

5) Z. B. Eine Zeitfrist von mehreren Jahren beginnt am 1. Jan. Mittags; dann ist der letzte Tag der 31. Dec. eines andern Jahres; die Frist ist vollendet, bei der Ersitzung mit dem Beginn des 31. Dec., bei der Klagenverjährung mit dem Ablauf dieses Tages. Hiermit stimmen im Wesentlichen überein Vang., Puchta, Huschke; jedoch nimmt

P. §. 75. not. e. für die Fälle der zweiten Art den 2. Januar als ersten Tag an (Anm. 3), Huschke aber S. 171 fg. führt noch aus, daß, wenn bei demselben Rechtsverhältnisse eine Frist zugleich für die Dauer der Ausübung des Rechts des einen und für den Erwerb desselben Rechts durch einen andern festgesetzt ist, für den letzten zwar die Regel gelte: dies ultimus coeptus pro completo habetur, zugleich aber dem ersten noch der ganze letzte Tag zu Gebote stehe, um sein Recht geltend zu machen durch usurpatio. arg. die Stellen in Anm. 5. d. und e. — Abweichende Ansichten: a) die Civilcomputation bestehe wesentlich darin, daß jeder Kalendertag als ungetheilte Einheit gelte, also in obigem Beispiel der 1. Jan. als erster ganzer Tag gerechnet und der 31. Dec. nach seinem Beginn sofort als vollendet angesehen werde (Reinfelder, vgl. auch Böcking Inst. §. 122, Koch, Hagemeister, Löhr); b) regelmäßig endige die Frist erst mit dem Ablauf des 31. Dec., nur ausnahmsweise schon mit dessen Beginn (Erb, Bachofen); c) die Frist endige immer in Fällen der ersten Art mit dem Beginn, in Fällen der zweiten Art mit dem Ablauf des 1. Jan., als desjenigen Kalendertages, in dessen Umfang der mathematische Endpunkt derselben fällt, d. i. nach dieser Ansicht, des dies novissimus oder extremus (Savigny, zum Theil übereinstimmend Unterholzner).

6) Nicht hieher gehören L. 5. 8. 22. D. de annuis legat. 33. 1., und eine ganz singuläre Bestimmung enthält L. 8. D. de muner. 50. 4. Ad rempublicam administrandam ante XXV. annum . . . . admitti minores non oportet. . . . . Annus autem vicesimus quintus coeptus pro pleno habetur.

§. 90.

b) **Utile tempus.**

Ein Zeitraum wird regelmäßig als eine ununterbrochene Reihe von Zeittheilen gedacht, tempus continuum.[a]) In gewissen Fällen aber, wo die wirksame Vornahme einer gerichtlichen Handlung durch Rechtsvorschrift auf eine gewisse Zeitfrist (höchstens von einem Jahre) eingeschränkt ist, werden nur die dazu geeigneten Tage, dies utiles, gezählt; diejenigen Tage, an welchen man jene Handlung nicht vornehmen konnte, kommen nicht als versäumte in Anrechnung.[b]) Daher utile tempus, z. B. annus utilis, sex menses utiles, centum dies utiles.[c]) Die Hindernisse, welche dabei in Betracht kommen, können

a) L. 31. §. 1. D. de usurp. et usucap. 41. 3. L. 8. Cod. de dolo. 2. 21. L. 7. Cod. de temp. i. i. r. 2. 53. b) L. 2. D. quis ordo. 38. 15. L. 1. D. de div. temp. 44. 3. c) L. 2. cit. L. 1. §. 9. 12. D. de succ. ed. 38. 9. L. 19. §. 6. de aedil. ed. 21. 1. L. 7. 8. Cod. citt.

liegen 1) in der Unzugänglichkeit des Gerichts an einzelnen Tagen, zur Vollziehung der erforderlichen Handlung; [d]) 2) in der Abwesenheit einer andern Person, deren Anwesenheit erforderlich ist; [e]) 3) in einer persönlichen Hinderung desjenigen, welcher die Handlung vorzunehmen hätte, als Abwesenheit, Krankheit [f]), auch wohl, aber keineswegs in allen Fällen, Unkenntniß der thatsächlichen Verhältnisse. [g]) Etwas anderes ist es, daß in manchen Fällen der Anfang einer alsdann continuo laufenden Zeitfrist durch Unkenntniß hinausgeschoben wird. [h])

Anm. Unpassend und verwirrend ist die moderne Unterscheidung von a) tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus; b) tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus; c) tempus utile ratione initii et cursus; d) tempus continuum utraque ratione. Vgl. Sav. §. 189—191 und Bd. III. S. 410—417. — Die neuerlich von Elvers Themis I. S. 125—184 aufgestellte Ansicht, daß der annus utilis auf das Amtsjahr des Prätors zu beziehen sey, ist widerlegt von Arndts in Linde's Ztschr. XIV. S. 1—32. Vgl. Sav. IV. S. 451—453.

§. 91.

4) Unvordenkliche Zeit.

Wenn ein Recht so lange ausgeübt worden ist, daß der Anfang dieser Ausübung über Menschengedenken hinausliegt, so wird angenommen, daß dasselbe irgend wann und wie, es sey durch besondere Verleihung (lex specialis) oder auf andere Art, rechtsgültig erworben worden sey. Die Unvordenklichkeit der Rechtsausübung ersetzt den sonst erforderlichen Beweis des Rechtserwerbes. Dieß ist die sogenannte unvordenkliche Verjährung, praescriptio immemorialis oder indefinita. Sie kommt schon im römischen Recht unter dem Namen Vetustas in ein-

[d]) L. 2. cit. §. 1. 2. L. 1. in f. D. de div. temp. [e]) L. 1. cit. initio. cf. L. 1. §. 7—10. D. quando app. 49. 4. — L. 1. §. 1. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [f]) L. 1. D. cit. L. 2. cit. §. 3. cf. L. 1. D. de b. p. fur. 37. 3. L. 7. §. 1. 2. D. de bon. poss. 37. 1. L. 2. Cod. si ut om. her. 2. 40. [g]) L. 2. pr. D. quis ordo. cf. Gai. II. 165. 171—173. L. 1. D. de calumniat. 3. 6. L. 15. §. 4. 5. D. quod vi. 43. 24. L. 19. §. 6. L. 55. D. de aed. ed. 21. 1. L. 2. Cod. de aed. act. 4. 58. L. 8. Cod. de dolo. 2. 21. [h]) §. 16. J. de excusat. 1. 25. L. 1. §. 15. D. quando app. 49. 4. L. 19. 22. Cod. de iure delib. 6. 30.

zelnen Anwendungen vor [a]), sodann im canonischen Recht [b]) und in deutschen Reichsgesetzen [c]), und ist in der Praxis bei allen Arten von Rechten anerkannt, sofern ihrer Natur nach eine fortgesetzte Ausübung derselben seit unvordenklicher Zeit möglich ist und nicht eine in bestimmter Zeit vollendete Verjährung (sog. praescriptio definita) die Berufung darauf entbehrlich macht. Zur Unvordenklichkeit eines thatsächlichen Zustandes wird vorausgesetzt, daß Niemand, weder aus eigener Wahrnehmung noch aus Mittheilung der Vorfahren, über den Anfang desselben Auskunft zu geben vermöge. [d]) Zum Beweise derselben dient vorzüglich die Aussage von Zeugen, deren Erinnerung ein ganzes Menschenalter, d. i. wenigstens vierzig Jahre [e]), umfaßt, wodurch bezeugt wird, nicht nur, daß während dieser Zeit der gegenwärtige Zustand immer vorhanden gewesen sey, sondern auch, daß sie von älteren Personen niemals eine andere Kunde vernommen haben. Es können aber auch Urkunden zum Beweise dienen. Die Wirkung solcher Beweisführung wird jedoch zerstört, wenn ein unrechtmäßiger Anfang des gegenwärtig noch fortdauernden Zustandes in irgend einer früheren Zeit bewiesen wird.

Anm. 1) Böhmer ius eccles. II. 26. §. 35—45. Wernher obs. for. I. 4. obs. 5. Unterholzner Verjährungsl. I. §. 140—150. Pfeiffer prakt. Ausf. II. S. 3—147. Schelling die Lehre von der unvordenklichen Zeit München 1835. Arndts Beiträge I. S. 126—160. Sav. IV. S. 480—536. A. Schmidt (von Ilmenau) civ. Abh. Jena 1841. S. 169 fg. Friedländer die Lehre von der unvordenkl. Zeit. Heidelb. 1843.

2) Ueber die geschichtliche Entwicklung dieses Rechtsinstituts s. besonders Friedländer Abth. 1—3. Buchka, der unvordenkliche Besitz.

---

a) L. 3. D. de locis et itin. publ. 43. 7. — L. 3. §. 4. D. de aqua quot. 43. 20. L. 26. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 7. Cod. de serv. et aqua. 3. 34. — L. 1. §. 23. L. 2. pr. §. 1. 3. 5. 7. 8. D. de aqua pluv. 39. 3. — cf. L. 28. D. de probat. 22. 3. b) cap. 21. 26. X. de V. S. 5. 40. cap. 1. de V. S. in 6to 5. 12. cap. 1. de praescript. in 6to 2. 13. c) Aurea bulla cap. 8. §. 1. cap. 28. §. 4. RA. von 1548. §. 56. 59. 63. 64. RA. v. 1576. §. 102. 105. d) L. 2. §. 8. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 28. D. de probat. e) cap. 1. de praescript. in 6to. cf. L. 2. Th. Cod. de longi temp. praescript. 4. 13. L. 7. Cod. de fund. rei priv. 11. 65. L. 14. Cod. de fund. patrimon. 11. 61.

Hdlb. 1841. Der letzte will dasselbe nur aus dem deutschen Recht herleiten. Dagegen Pfeiffer in Reyschers u. Wilda's Ztschr. für deutsches Recht. VIII. 1.

3) Ueber das Wesen der unvord. Vj. und zwar a) ob sie eine Erwerbart des Rechts sey, analog der Ersitzung? Unterholzner, Pfeiffer a. a. O., dagegen besonders Schelling, Arndts, Sav. §. 201. Vgl. Böhmer, Wernher l. c. (praesumtio iuris et de iure?). — L. 3. §. 4. D. cit. Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur. L. 26. D. cit. Scaevola respondit, solere eos, qui iuri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, etsi ius non probaretur. L. 1. §. 23. ibid. Denique ait . . . . si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam et semper inferiorem superiori servire; . . . . si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis obtinere. Sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi neque clam neque precario, habuisse longa consuetudine vel ex (velut) iure impositam servitutem videatur. cap. 1. in 6to cit. . . . . nisi tanti temporis allegetur praescriptio, cuius contrarii memoria non existat. — b) welchen Arten von Rechten die unvordenkliche Zeit zum Schutze diene? nur Rechten von publicistischem Charakter, beziehungsweise Befreiungen davon? Sav. S. 484. 509—514. Friedländer II. S. 67 fg. Dagegen Arndts S. 156 fg. Dollmann in Seufferts Blättern für Rtsanw. VII. S. 339—341. P. §. 77. not. c. c) ob die unvord. Zeit immer nur den Beweis eines Privilegiums, einer lex specialis, vertrete? Friedländer II. S. 63. Dagegen Arndts a. a. O.

4) Ueber den Beweis der Unvordenklichkeit: L. 2. §. 8. D. de aqua pluv. Idem Labeo ait, quum quaeritur, an memoria extet facto opere, non diem et consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum, hoc est, si factum esse non ambigatur; nec utique necesse esse, superesse qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos qui memoria tenuerint. — L. 28. D. cit. Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria extet, hoc ei quaerendum est, an aliquis meminerit, id opus factum esse. Paulus: imo quum in arbitrio quaeritur, memoria facti operis extet necne, non hoc quaeritur, num aliquis meminerit, quo die aut quo consule factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit: et hoc ita, quod Graeci dicere solent, ἐν πλάτει enim potest hoc memoria non teneri; intra annum puta factum, quum interim nemo sit eorum, qui meminerit, quibus consulibus id viderit. Sed quum omnium haec est opinio, nec audiisse nec vidisse, quum id opus fieret, neque ex iis audiisse, qui vidissent aut audiissent; et hoc infinite susum versum accidet, quum memoria facti operis non extaret. cf. Basil. XXII. 1. l. 28. u. Schol. ad h. l. Heimb. vol. II. p. 480. Friedländer II. S. 70. 74. — Emendationen: *accidit, tum memoriam . . . . non extare.*

Sav.; *ἐν πλάτει. potest enim*, oder *ἐν πλάτει. ἐν πλάτει enim potest hoc memoria hominum teneri . . . . accidet; tum mem.* etc. Puchta §. 77. not. d.; *et hoc ita (quod Graeci dicere solent): ἐν πλάτει, etenim potest hoc memoria teneri, nonum intra annum . . . . nemo sit coram, qui meminerit . . . . Sed . . . . nec vidisse se nec audisse, cum id opus fieret . . . . accidet: tum memoria operis facti non extabit.* Huschke in Linde's Ztschr. n. F. S. 301—305. — Vgl. Pufendorf obs. I. 151. II. 55. Pfeiffer §. 8—18. Schelling S. 123—146. Arndts S. 157—160. Sav. S. 517—527. 531—535. Ueber den Eid als Beweismittel der Unvordenklichkeit Pufend. II. 55. Sav. S. 524 fg. Dollmann a. a. O. S. 342—344.

Fünftes Capitel.

Ausübung und Schutz der Rechte.

§. 92.

I. Ausübung der Rechte.

Ausübung eines Rechtes ist thatsächliche Aeußerung der Willensherrschaft, welche sich Jemand in Ansehung eines Gegenstandes beilegt, bestehend in Handlungen, zu welchen das Recht die Befugniß gibt. Gewisse Rechte, namentlich Forderungen, werden durch deren volle Ausübung selbst zerstört; andere, z. B. dingliche Rechte, sind von der Art, daß eine fortdauernde Ausübung derselben, ohne Erschöpfung ihres Inhalts, stattfindet. Die Ausübung des Rechts, ganz oder theilweise, steht im Belieben des Berechtigten;[a] nur hat fortgesetzte Nichtausübung häufig den Verlust des Rechts zur Folge (§. 87). Auch ist meistentheils[1] Ausübung durch Stellvertreter zuläßig.[b] Die Ausübung des Rechts ist ungehindert, wenn sie auch Andern zum Nachtheil gereicht und dem Berechtigten selbst keinen Vortheil bringt.[c] Doch wird in manchen Verhältnissen[2] eine dem Berechtigten nutzlose, einem Andern schädliche Ausübung

---

a) L. 156. pr. §. 4. D. de R. J. cf. L. 21. 213. ibid. Cod. ut nemo invitus agere cogatur. 3. 7. b) cap. 68. in 6to de R. J. c) L. 55. 151. 155. §. 1. D. de R. J. L. 26. D. de damno inf. 39. 2. L. 9. D. de s. p. u. 8. 2.

als unbillig oder unsittlich nicht gestattet.[d]) Es ist aber möglich, daß verschiedene Rechte in der Art zusammentreffen, daß die Ausübung des einen durch die Ausübung des andern ganz oder zum Theil ausgeschlossen wird, Collision der Rechte.[3]) Alsdann kann jeder sein Recht vollständig ausüben, soweit es ihm thatsächlich möglich ist; daher wird derjenige, dem der Andre zuvorgekommen ist, in der Ausübung seines Rechts gehindert,[e]) sonst kann jeder nur beschränkt durch die Mitausübung des andern sein Recht ausüben;[f]) in manchen Fällen muß das Loos entscheiden.[g]) Wenn dagegen Jemand unbefugt die Ausübung eines Rechts sich anmaßt, oder einen andern darin beeinträchtigt, so ist eine Rechtsverletzung vorhanden, gegen welche diesem Schutz zu gewähren ist.

Anm. 1) Zu allgemein sagt cap. 68. cit. Potest quis per alium quod potest facere per se ipsum.

2) L. 38. cit. Neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. Aber die Regel ist: qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam; falsch der Satz: quod mihi prodest et tibi non nocet, ad id potes compelli. Wächter Hdb. II. S. 194.

3) Darüber vgl. Thibaut Vers. II. 14. Kierulff I. S. 230—240. Böcking Inst. I. S. 551—556. Keine wahre Collision der Rechte ist es: a) wenn ein Recht durch sein Bestehen die Entstehung eines andern hindert, indem nicht beide zugleich begründet seyn können; b) wenn es nur zweifelhaft ist, welcher von mehreren Personen ein ausschließendes Recht zustehe; oder c) für das eine Recht die thatsächlichen Voraussetzungen seiner Existenz und Wirksamkeit nicht gegeben sind; oder d) die gleichzeitig begründeten Rechte nicht von gleicher Stärke sind, oder das eine zum andern im Verhältniß einer Ausnahme oder Beschränkung steht; oder e) die Rechte in ihrem Inhalt nicht wirklich zusammentreffen. — Privilegiatus contra aeque privilegiatum iure suo non utitur?

---

d) L. 38. D. de rei vind. 6. 1. L. 1. §. 5. L. 2. §. 5. 9. D. de aqua pluv. 39. 3. cf. §. 2. J. de his qui sui v. al. iur. 1. 8. e) L. 2. §. 7. L. 24. D. quae in fraud. cred. 42. 8. L. 10. D. de pign. 20. 1. L. 5. in f. D. commod. 13. 6. f) L. 6. §. 7. cit. g) §. 23. J. de legat. 2. 20. L. 14. D. de iud. 5. 1. L. 5. D. fam. erc. 10. 2. L. 24. §. 17. D. de fid. libert. 40. 7.

§. 93.

II. Sicherung der Rechte.

Die Möglichkeit einer Verletzung gibt Anlaß zu besondern juristischen Maßregeln, um die künftige Anerkennung von Rechtsansprüchen und Erfüllung der entsprechenden Verbindlichkeiten zu sichern, Cautionen im weitern Sinn. Zu diesem Zweck können

1) Privatrechtsgeschäfte dienen, Cautionen im eigentlichen Sinn,[a] welche entweder nur eine größere Sicherheit rücksichtlich der rechtlichen Begründung und Anerkennung eines Rechtsanspruchs gewähren, Verbalcautionen, oder zugleich auch sichernde Mittel der Verwirklichung desselben darbieten, Realcautionen. Das erste kann geschehen entweder a) durch bloßen Vertrag, repromissio von Seiten des Verpflichteten,[b] daher promissorische Caution, nach römischem Recht in Stipulationsform, woraus denn eine neue Klage (actio ex stipulatu) hervorgeht, etwa verbunden mit einer den Beweis erleichternden Urkunde (ebenfalls cautio genannt, cautio exposita),[c] oder b) durch eidlich bestärktes Versprechen, welches den Verpflichteten wenigstens im Gewissen stärker bindet (cautio iuratoria).[d] Das andere kann geschehen entweder α) durch Bürgschaft, wodurch dem Berechtigten die Möglichkeit gegeben wird, nöthigenfalls noch andere Personen, als den eigentlich Verpflichteten, wegen Befriedigung seiner Ansprüche zu belangen (cautio fideiussoria, satisdatio)[e], oder β) durch Pfandrechte, vermöge deren ihm der Werth bestimmter Sachen für seine Befriedigung Sicherheit gibt (cautio pigneratitia).[f] Auch kann γ) einer befürchteten Verletzung vorgebeugt werden durch Hinterlegung eines Gegenstandes bei einem Nichtbetheiligten (apud sequestrem, daher

---

a) Dig. de stipulationibus praetoriis. 46. 5. et sqq. 6—8. cf. Inst. de divisione stip. 3. 18. D. qui satisdare cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur. 2. 8. Inst. de satisdationibus 4. 11. Cod. de satisdando. 2. 57. b) L. 1. §. 4—8. D. h. t. 46. 5. L. 2. §. 3. D. quod legat. 43. 3. c) L. 25. §. 4. D. de probat. 22. 3. d) §. 2. J. h. t. 4. 11. e) L. 1. D. h. t. 2. 8. L. 7. D. h. t. 46. 5. cf. L. 61. 188. §. 1. D. de V. S. f) L. 4. §. 8. D. de fid. libert. 40. 5. L. 1. §. 9. D. de collat. 37. 6.

Sequestration). g) Die Verbindlichkeit zur Cautionsleistung aber kann entweder durch Privatwillen, Vertrag oder letztwillige Verfügung, begründet seyn (cautio voluntaria), oder durch Rechtsvorschrift 1) (cautio necessaria). h) Die Art der zu leistenden Caution bestimmt sich durch die Auslegung der betreffenden Bestimmung; i) manche Personen sind aber in dieser Beziehung gesetzlich begünstigt. 2)

2) Richterliche Verfügungen, und zwar a) missio in possessionem, Immission, Besitzeinweisung, d. i. ein richterliches Decret, wodurch Jemand ermächtigt wird, zur Sicherung von Rechtsansprüchen sich in den Besitz eines fremden Vermögens oder einzelner Vermögensgegenstände zu setzen (missio in possessionem bonorum oder rei). k) Der Immittirte hat ein Recht auf Detention des Gegenstandes zum Zweck der Bewahrung und Beaufsichtigung, l) so lange der Grund der Immission besteht, 3) und wird darin durch besondere Rechtsmittel geschützt. m) b) Arrest (Civilarrest), d. i. eine richterliche Verfügung, wodurch Jemand zur Sicherung von Rechtsansprüchen eines Andern zeitweise in seiner persönlichen Freiheit oder in der Verfügung über Vermögensgegenstände beschränkt wird (Personal- oder Real-Arrest). Eine Art von Arrest ist die richterlich verfügte Sequestration n) (sequestratio necessaria).

Anm. 1) Hierauf beziehen sich folgende Unterscheidungen: pr. J. h. t. 3. 18. Stipulationum aliae sunt iudiciales aliae praetoriae, aliae conventionales: aliae communes tam praetoriae quam iudiciales. §. 1. Judiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio . . . . §. 2. Praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti vel legatorum: praetorias

---

g) L. 7. D. cit. L. 110. D. de V. S. L. 17. D. depos. 16. 3. h) L. 7. §. 1. D. h. t. 2. 8. i) L. 3. Cod. de V. S. 6. 38. L. 4. §. 8. D. cit. cf. not. e. k) Dig. quibus ex causis in possessionem eatur. 42. 4. cf. L. 4. D. de iurisd. 2. 1. X. de eo qui mittitur in possessionem causa rei servandae. 2. 15. in 6to 2. 7. l) L. 12. D. h. t. L. 10. §. 1. D. de poss. 41. 2. m) Dig. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. 43. 4. n) L. 7. in f. D. qui satisd. 2. 8. L. 22. §. 8. D. soluto matr. 24. 3. L. 3. §. 6. D. de lib. exhib. 43. 30. L. 21. §. 3. D. de appellat. 49. 1. cf. L. un. Cod. de prohibita sequestr. pecun. 4. 4. X. de sequestratione possessionis et fructuum. 2. 17. Clem. 2. 6.

autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam aediliciae; nam et hae a iurisdictione veniunt. §. 3. Conventionales sunt, quae ex conventione utriusque partis concipiuntur, id est, neque iussu iudicis neque iussu praetoris, sed ex conventione contrahentium . . . . §. 4. Communes stipulationes sunt, veluti: rem salvam fore pupilli (nam et praetor iubet rem salvam fore pupilli caveri, et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest) vel de rato stipulatio. — L. 1. pr. D. h. t. 46. 5. Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales, cautionales, communes. §. 1. Iudiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat, ut iudicatum solvi, et ex operis novi nuntiatione. §. 2. Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent, et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti. §. 3. Communes sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa. §. 4. Et sciendum est, omnes stipulationes natura sui cautionales esse; hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.

2) Der Fiscus und Stadtgemeinden (respublicae) brauchen bei gesetzlicher Cautionspflicht nur promissorische Caution zu leisten, wo sonst Realcaution gefordert wird. L. 1. §. 18. L. 6. §. 1. D. ut legat. serv. 36. 3. L. 3. §. 5. D. si cui plus. 35. 3. cf. L. 2. §. 1. D. de fundo dot. 23. 5. „fiscus semper idoneus successor et solvendo.“ Bei Proceßcautionen wird bloß juratorische Caution statt der realen gestattet solchen Personen, welche die letzte nicht zu leisten vermögen, nov. 112. cap. 2. (jedoch wird hier ein beweglicher Streitgegenstand sequestirt, L. 7. §. 2. D. h. t. 2. 8.); ferner dem Besitzer eines hinlänglichen unbeweglichen Gutes, wenn auch nur zu emphyteutischem Recht, L. 15. D. l. c. L. 26. §. 6. Cod. de episcop. aud. 1. 4. L. 4. §. 1. Cod. de sportulis. 3. 2., nach der Praxis auch wohl den Besitzern gewisser Sachgesammtheiten; und nach römischem Recht den personae illustres und gewissen hohen Beamten, L. 17. Cod. de dignitat. 12. 1. L. 12. pr. Cod. de prox. scrin. 12. 19. L. 3. §. 3. Cod. de priv. schol. 12. 30.

3) In einem Falle (damni infecti nomine) kann eine zweite Immission (ex secundo decreto) erfolgen, mit stärkeren Wirkungen, L. 47. pr. L. 15. §. 16. sqq. D. de damno inf. 39. 2. Unpassender Weise ist dieß auch auf andere Fälle angewendet worden.

§. 94.

III. Selbsthülfe.

Sein gutes Recht darf man gegen Verletzung auch durch eigene Macht schützen,[a] sofern diese nicht durch Rechtsvorschrift

a) L. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2.

beschränkt ist und an sich rechtswidriger Handlungen sich enthält. Selbst Gewalt anzuwenden ist erlaubt zur Abwehr einer versuchten rechtswidrigen Aenderung bestehender Verhältnisse, [b]) sofern jene nur in den Schranken der Vertheidigung gegen drohendes Unrecht bleibt (Nothwehr, moderamen inculpatae tutelae). [c]) Unerlaubt aber ist es, zur Befriedigung einer Forderung Sachen des Schuldners ohne dessen Willen und ohne richterliche Ermächtigung in Besitz zu nehmen; solche Eigenmacht soll nach einem decretum divi Marci [d]) die Forderung selbst vernichten, und dasselbe ist auch angenommen, wenn der Gläubiger den Schuldner zwingt, ihm etwas zu geben, [e]) oder zu jenem Zweck der Sache eines Dritten [f]) sich bemächtigt oder der Kinder des Schuldners. [g]) Nach einem andern Gesetz soll, wer sich eigenmächtig in den Besitz einer bisher von einem Andern besessenen Sache setzt, um sein Recht an derselben geltend zu machen, dieses Rechtes zum Vortheil des Andern verlustig seyn, und, wenn er kein Recht hatte, nebst der Sache selbst auch noch deren Werth an diesen herausgeben. [h]) Eine Ausnahme jedoch erleiden diese Bestimmungen, wenn die Eigenmacht wegen Unzulänglichkeit der richterlichen Hülfe angewendet wurde, um einen sonst drohenden unwiederbringlichen Verlust abzuwenden. [i])

Anm. 1) Ueber das Princip dieser Lehre: ob die Selbsthülfe als solche a priori, also der Regel nach, als Unrecht zu betrachten? Linde Ztschr. I. 21. Dagegen Benfey im Rh. Mus. VII. 1. Vgl. Puchta Vorles. I. S. 165. „Das Princip — Eigenmacht und Selbsthülfe seyen an sich schon etwas Widerrechtliches — . . . . ist ein modernes Princip, dem System des Zuvielregierens und Bevormundens entstanden, dem wir am wenigsten im Privatrecht freien Spielraum geben dürfen.“

---

b) L. 1. §. 4. L. 3. D. de iust. et iure. 1. 1. L. 4. pr. 5. 45. §. 4. L. 52. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 1. §. 27. 28. L. 3. §. 9. L. 17. D. de vi. 43. 16. L. 1. Cod. quando liceat sine iudice vindicare se. 3. 27. c) L. 1. Cod. unde vi. 8. 4. cap. 18. X. de homicid. 5. 12. d) L. 7. D. ad leg. Jul. de vi priv. 48. 7. L. 13. D. quod. met. c. 4. 2. e) L. 12. §. 2. L. 13. D. l. c. 4. 2. f) nov. 52. cap. 1. g) nov. 134. cap. 7. h) L. 7. Cod. unde vi. 8. 4. (a. p. Chr. 389). §. 1. J. vi bon. rapt. 4. 2. §. 6. J. de interd. 4. 15. cf. L. 10. Cod. l. c. i) L. 10. §. 16. D. quae in fraud. cred. 42. 8.

2) Das decretum D. Marci findet sich zweimal in Justinians Digesten, beidemal derselben Schrift entnommen (Callistrat. lib. V. cognit.), aber dennoch in verschiedener Fassung, also einmal sicher interpolirt. L. 7. D. 48. 7. Creditores si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, Divus Marcus decrevit, ius crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: *Optimum est, ut, si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor es;* et quum Marcianus diceret: *vim nullam feci,* Caesar dixit: *tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit; non puto autem nec verecundiae nec dignitati tuae convenire, quidquam non iure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit.* — L. 12. §. 2. D. 4. 2. (Ulpian ad Ed.) Julianus ait eum, qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret, hoc edicto non teneri, propter naturam metus causa actionis, quae damnum exigit; quamvis negari non possit, in legem Juliam eum de vi incidisse et ius crediti amisisse. L. 13. ibid. (Callistrat.) Extat enim decretum D. Marci in haec verba: *Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris.* Quum Marcianus diceret: *vim nullam feci,* Caesar dixit: *tu vim putas solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris vel pecuniam debitam, non ab ipso sibi sponte datam, sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit.* Vgl. Linde und Benfey a. a. O. Sartorius in Linde's Ztschr. XX. 1. Mit Unrecht wird behauptet, daß das Decret sich nur auf bewegliche Sachen beziehe (Linde), daß es nicht auf den Schuldgegenstand selbst sich beziehe und nicht auf eine obligatio ex delicto anwendbar sey (Sartorius), daß der Verlust der Forderung nur per exceptionem eintrete (derselbe), und daß eine naturalis obligatio bestehen bleibe (ders. und Benfey). Ohne praktisches Interesse ist der Streit, ob dasselbe auch Anwendung finde auf denjenigen, der nur glaubte eine Forderung zu haben, was Sart. mit untriftigen Gründen darzuthun sucht. Ueber Anwendung des Decrets bei zweiseitigen Obligationen vgl. Burchardi im civ. Arch. XVIII. 16.

IV. Gerichtliche Geltendmachung der Rechte.

§. 95.

Der regelmäßige Weg, auf welchem Rechte gegen Bestreitung und Verletzung Anderer geltend zu machen sind, ist Anrufung der richterlichen Gewalt des Staates, der Rechtsweg.

Diese hat zunächst über das Daseyn eines Rechts, sofern es streitig ist, zu entscheiden, und alsdann erforderlichen Falls auch durch Zwang Achtung dem anerkannten Rechte und Erfüllung der entsprechenden Verbindlichkeit zu erwirken. Dieß ist die Aufgabe der bürgerlichen Rechtspflege. Die Thätigkeit der richterlichen Gewalt in dieser Sphäre muß aber angeregt werden durch Anrufung ihres Beistandes von Seiten desjenigen, welcher in einem Rechte sich verletzt glaubt, Klage; worauf denn auch die Einwendungen der Gegenpartei zu vernehmen und durch weitere Verhandlung die Streitpunkte festzustellen sind — Einrede, Replik u. s. w. Alsdann muß die Wahrheit der behaupteten, aber noch streitigen Thatsachen, aus denen Recht oder Unrecht der Parteien sich ergibt, dargethan werden, Beweisführung, worauf dann die richterliche Entscheidung, das Urtheil, erfolgt. Die Darstellung dieses ganzen rechtlich geordneten Verfahrens bildet den Gegenstand einer besondern Rechtslehre, des Civilproceßrechts. Aber die Streitigkeit der Rechte und die Möglichkeit gerichtlicher Geltendmachung derselben, sowie das dadurch herbeigeführte gerichtliche Verfahren hat auf die Rechte selbst wichtigen Einfluß, und insofern ist die Lehre davon zugleich eine civilrechtliche.

A. Von Klagen und Einreden.

§. 96.

1) Begriff und Voraussetzungen der Klagen. [a]

Das Wort „Klage", actio, bezeichnet zunächst die Handlung einer Partei, wodurch die richterliche Hülfe zur Geltendmachung eines Rechts gegen einen bestimmten Gegner in Anspruch genommen wird. Dieß ist Klage im processualischen Sinn. Aber auch die Möglichkeit, ein Recht auf diesem Wege geltend zu machen, d. i. das Klagrecht, wird unter Klage, actio, verstanden, [b]) und dieß ist die civilrechtliche Bedeutung des Worts. In diesem Sinne ist die Klage eine Zugabe des

---

[a]) Jnst. de actionibus. 4. 6. cf. Gai. IV. 1. et sqq., Dig. de obligationibus et actionibus. 44. 7. Cod. 4. 10. [b]) pr. J. h. t. L. 51. D. h. t. cf. L. 37. pr. D. ibid. L. 178. §. 2. D. de V. S.

Rechts, auf welches sie sich bezieht; die Klagbarkeit ist eine wichtige Eigenschaft des Rechts, und vollkommen wirksam ist ein Recht nur, insofern mit demselben für den Fall der Verletzung eine Klage verbunden ist, es zu schützen. Das Recht selbst ist der Grund der Klage; zu dieser aber wird zugleich wesentlich eine Beziehung zu einem bestimmten Gegner vorausgesetzt, welche den Anlaß gibt, gegen diesen den Beistand der richterlichen Gewalt zu suchen, eine Nichtanerkennung des Rechts oder Vorenthaltung desjenigen, was dem Berechtigten kraft desselben gebührt. Insofern ist jedes Klagrecht einem obligatorischen Rechtsverhältnisse verwandt, wenn gleich nicht jede Klage eine obligatorische Leistung des Gegners bezweckt.

Anm. pr. J. h. t. Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur. cf. L. 178. §. 3. D. de V. S. Hoc verbum *debuit* omnem omnino actionem comprehendere intelligitur. — Vgl. G. Hasse, über das Wesen der actio im Rh. Mus. VI. 1. 6. — Sav. Bd. V. Wächter Hdb. II. S. 411 fg. und Erörtr. II. S. 1—125. — J. H. Böhmer doctrina de actionibus, zuerst 1710, neueste Ausg. Frcf. 1787. W. H. Puchta, über die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer. Gießen 1833. 1840.

2) Arten der Klagen.

§. 97.

a) Dingliche und persönliche Klagen.

Nach Verschiedenheit des Rechts, welches der Klage zum Grunde liegt, ist sie entweder in personam actio, personalis actio, persönliche Klage, oder in rem actio, dingliche Klage.[a]) Die erste ist die Klage, welche aus einer Obligatio entspringt, einem Rechtsverhältniß, das an sich schon zugleich die Person bezeichnet, gegen welche wegen Verletzung, d. i. hier wegen Nichterfüllung der Obligatio, die Klage sich richtet. Klagen, welchen ein anderes Recht zum Grunde liegt, heißen in rem actiones, nicht bloß vermögensrechtliche, zum Schutz dinglicher Rechte und des Erbrechts, actiones in rem speciales und de universitate oder generales,[b]) sondern auch die Klagen zur

---

a) §. 1. J. h. t. Gai. IV. §§. 1—3. 100. 106. L. 25. pr. D. h. t. L. 36. D. de V. S. b) L. 1. pr. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. cf. L. 25. §. 18. D. de hered. pet. 5. 3. L. 27. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. §. 1—7. J. h. t. Gai. IV. §. 16. 17.

Geltendmachung von persönlichen Rechtszuständen oder Familienverhältnissen, die insbesondere Präjudicialklagen genannt werden.[c] Bei ihnen bestimmt sich die Person des Gegners erst durch die Verletzung des an sich ohne Beziehung auf diesen bestehenden Rechts; sie gehen zunächst auf Anerkennung dieses Rechts, wenn auch folgeweise zugleich auf vermögensrechtliche Leistungen des Beklagten, die sich aus der die Klage veranlassenden Verletzung des Rechts ergeben; was aber bei Präjudicialklagen, die eben deßwegen so heißen,[d] nicht vorkommt. Manche persönliche Klagen indessen sind darin den dinglichen verwandt, daß sie nicht auf einen bestimmten Beklagten beschränkt sind, sondern gleich jenen gegen Jeden angestellt werden können, der in ein bestimmtes Verhältniß, namentlich Besitz einer Sache, eintritt;[e] man nennt sie gewöhnlich, nach einem in einigen Fällen vorkommenden Ausdruck,[f] actiones in rem scriptae.

Anm. 1) §. 1. J. h. t. Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur; aut enim in rem sunt aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est . . . .; aut cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditae actiones in rem sunt; veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suum esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat; nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est. — Gai. IV. 1. Quot genera actionum sint: verius videtur duo esse, in rem et in personam . . . . §. 2. In personam actio est, qua agimus, quotiens cum aliquo, qui nobis . . . . obligatus est (contendimus), id est, cum intendimus dare facere praestare oportere. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi fruendi . . . .: item actio ex diverso est adversario negativa. — §. 13. J. h. t. Praeiudiciales actiones in rem esse videntur; quales sunt per quas quaeritur, an aliquis liber an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Gai. IV. 44. Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praeiudicialibus formulis, qualis est qua quaeritur aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae complures. cf. Gai. III. 123. L. 30. D. de

---

c) §. 13. J. h. t. d) Gai. IV. 44. e) L. 9. §. 8. D. quod met. 4. 2. L. 3. §. 3. 15. D. ad exhib. 10. 4. L. 6. §. 5. L. 12. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 5. §. 13. L. 7. pr. §. 1. D. quod vi. 43. 24. L. 1. §. 13. D. quod legat. 43. 3. §. 5. J. de noxal. act. 4. 8. f) L. 9. §. 8. cit. cf. L. 4. §. 33. D. de doli exc. 44. 4.; L. 1. §. 3. D. de interd. 43. 1. cf. L. 5. §. 13. cit.

reb. auct. iud. poss. 42. 5. L. 1. §. 2. D. de rei vind. 6 1. — In rem actio hatte ursprünglich wohl eine engere Bedeutung, Gai. IV. 16. 17., die sich noch darin zu erkennen gibt, daß bisweilen darunter vorzugsweise die rei vindicatio verstanden wird, L. 23. pr. D. de rei vind. 6. 1. Derselbe Ausdruck ist aber dann allgemein zur Bezeichnung des absoluten Charakters einer Klage, im Gegensatz der persönlichen, gebräuchlich geworden, wofür sich auch anderweitig Analogien finden. L. 7. §. 8. L. 17. §. 5. D. de pactis. 2. 14. Ueber den Umfang des Begriffs, insbesondere gegen die abweichende Ausführung von Durot im civ. Arch. V. 14. 18., vgl. Sav. §. 206. 207.

2) Mit Unrecht bestreitet Sav. S. 16, „daß das Daseyn oder Nichtdaseyn einer Obligatio vor der Verletzung" das „unterscheidende Moment" einer actio in personam sey, weil bei Delictsklagen „die Verletzung mit der Entstehung der Obligatio zusammenfällt"; denn vgl. S. 286. not. q., „er verwechselt die in dem Delict selbst enthaltene Verletzung mit der unterlassenen Zahlung."

3) Die persönlichen Klagen werden vorzugsweise actiones genannt, die dinglichen, und zwar auch Präjudicialklagen, vindicationes, welche Benennung von dem alten Verfahren mit legis actio sacramento herrührt; die vermögensrechtlichen in rem actiones, insbesondere sofern sie auf Restitution von Seiten des Beklagten gerichtet sind, heißen petitiones im vorzüglichen Sinn, womit die petitoria formula des ältern (Formular-) Verfahrens zusammenhängt. L. 28. D. h. t. L. 178. §. 2. D. de V. S. tit. D. de hereditatis petitione. 5. 3. cf. Gai. IV. 16. 92. Cic. in Verr. II. 12. Sav. S. 8. 21. 28 fg. In Betreff der confessoriae und negatoriae in rem actiones vgl. rubr. tit. D. si ususfructus *petatur* vel ad alium pertinere *negetur*. 7. 6. und si servitus *vindicetur* vel ad alium pertinere *negetur*. 8. 5. — Uebrigens hatte das ältere Recht noch eine Form der in rem actio, per sponsionem, welche dem Schein nach eine actio in personam, der That nach eine praeiudicialis actio war, die nur über das Daseyn des Rechts eine Entscheidung erzielte, indem dabei die Verurtheilung des Beklagten zu entsprechenden Leistungen noch durch eine besondere Stipulation vermittelt werden mußte. Gai. IV. 93. 94. vgl. Hasse a. a. O. S. 154. Arndts Beitr. I. S. 54—56.

4) Der Ausdruck actio in rem scripta kommt in den Quellen nur einmal, nicht als technischer, vor. L. 9. §. 8. D. 4. 2. Quum autem haec actio *in rem* sit *scripta*, nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est, etc. aber vgl. L. 1. §. 3. D. 43. 1. Interdicta omnia, licet *in rem* videantur *concepta*, vi tamen ipsa personalia sunt. L. 5. §. 13. cit. Et quum interdictum sic sit scriptum: *quod vi aut clam factum est*, non ita: *quod vi aut clam fecisti*, latius porrigi. — Schmidt (von Ilmenau) Abh. I. 1. Vgl. Sav. S. 24—28. Mit Unrecht nimmt übrigens der letzte auch umgekehrt eine Ausnahme von der Regel bei einigen in rem

actiones an, „die nur gegen bestimmte einzelne Personen angestellt werden können"; nämlich bei der hereditatis petitio nach L. 9. D. de her. pet. 5. 3., bei der Pauliana in rem actio nach L. 10. §. 22. D. quae in fraud. cred. 42. 8. §. 6. J. de act. 4. 6., bei der Vindication der Dotalsachen nach L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. Diese Fälle sind auf andere Weise zu erklären. Vgl. Arndts im Rtsler. V. S. 211. Schröter in der Ztschr. VI. S. 141. P. §. 142. not. i.

5) Von drei Klagen, actio communi dividundo, familiae erciscundae und finium regundorum, heißt es, daß sie mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam. §. 20. J. h. t. Diese sogenannten Theilungsklagen (iudicia divisoria) sind aber in Wahrheit actiones in personam, L. 1. §. 1. Cod. de annali except. 8. 40. L. 1. D. fin. reg. 10. 1. Jener Ausdruck erklärt sich daraus, daß nach älterem Verfahren die Formula dieser Klagen neben der in personam gerichteten Intention einen in rem lautenden Bestandtheil enthielt, wodurch der Richter zur adiudicatio ermächtigt wurde. Gai. IV. 42. §. 4—7. J. de off. iud. 4. 17. Puchta Inst. II. §. 167. not. h. Vgl. jedoch Sav. S. 36. In einem andern Sinn wird auch einmal die hereditatis petitio mixta personalis actio genannt. L. 7. Cod. de pet. her. 3. 31. Vgl. Löhr Mag. IV. 1. Arndts im Rh. Mus. II. S. 141—144.

§. 98.

b) Ersatzklagen und Strafklagen.

Unter den vermögensrechtlichen Klagen zeigt sich ein bemerkenswerther Unterschied darin, daß dieselben entweder nur bezwecken, die Verletzung, welche zur Klage Anlaß gibt, wieder aufzuheben, also dem Kläger dasjenige zu verschaffen, was ihm gebührt, um sein Vermögen in dem Stande zu erhalten, in welchem dasselbe abgesehen von jener Verletzung sich befinden würde, oder vielmehr, zur Bestrafung für die begangene Rechtsverletzung, auf eine Leistung des Beklagten gerichtet sind, welche dem Kläger eine Bereicherung über jenen Bestand seines Vermögens hinaus gewährt. Klagen der letzten Art heißen Strafklagen, actiones poenales oder poenae persequendae causa comparatae; Klagen der ersten Art dagegen sind rei persequendae causa comparatae, nach moderner Terminologie reipersecutoriae; man kann sie füglich Ersatzklagen nennen, indem dadurch dem Kläger nur gewährt oder ersetzt werden soll, was ihm widerrechtlich von seinem Vermögen vorenthalten wird. Es gibt aber auch Klagen, die zugleich den einen und den andern Zweck verfolgen, gemischte Klagen, mixtae actiones¹, id est,

tam rei quam poenae persequendae causa comparatae. [a]) Sowohl gemischte als reine Strafklagen können zum Gegenstande den mehrfachen Betrag des dem Kläger gebührenden Ersatzes haben, actiones in duplum, in triplum, in quadruplum; [b]) bei einer gemischten Klage besteht das strafende Element in der Zugrundlegung einer den Kläger bevortheilenden Schätzung des Schadens. [c]) Manche Klagen aber haben das Eigenthümliche, daß sie nachträglich noch durch einen hinzukommenden Umstand einen Strafzusatz erhalten können, entweder weil der Beklagte es bis zu richterlicher Verurtheilung [d]) oder nur bis zum Proceß [e]) kommen läßt, oder in Folge der Abläugnung des klägerischen Rechtsanspruchs, indem lis infitiando crescit in duplum. [f]) Im heutigen Rechte sind indessen die meisten Strafklagen der einen und andern Art, soweit sie dieses sind, unpraktisch geworden. Vom Standpunkte des Beklagten können aber auch solche Klagen als Strafklagen angesehen werden, welche dem Kläger nur wieder verschaffen sollen, was ihm entzogen ist, für diesen also nur Ersatzklagen sind, [g]) insofern nämlich zu diesem Zweck der Beklagte nicht bloß widerrechtlich Angemaßtes herauszugeben, sondern selbst auf Kosten und mit Verminderung seines ursprünglichen Vermögens Ersatz zu leisten hat. Auch diese Klagen heißen im weitern Sinne poenales actiones [h]) (einseitige oder uneigentliche Strafklagen), im Gegensatze zu welchen sich dann der Begriff der reipersecutorischen Klagen verengt. [i])

Anm. Vgl. Kierulff I. S. 120—130. Sav. §. 210—212. Der letzte hat zuerst die Bezeichnung „einseitige und zweiseitige Strafklagen" ge-

---

a) §. 16—19. J. h. t. Gai. IV. 6—9. cf. §. 9. J. de lege Aquil. 4. 3. §. 1. J. de perpet. 4. 12. L. 111. §. 1. D. de R. J. L. 21. §. 5. D. de act. rer. amot. 25. 2. b) §. 21—25. J. h. t. c) §. 9. J. de lege Aquilia. 4. 3. d) §. 27. J. h. t. L. 14. §. 1. D. quot. met. 4. 2. L. 1. pr. D. de publicanis. 39. 4. e) §. 19. in f. §. 26. in f. J. h. t. f) §. 23. 26. J. h. t. §. 4. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 7. D. de solut. 46. 3. cf. Gai. IV. 9. 171—173. Pauli sentt. I. 19. nov. 18. cap. 8. g) L. 4. §. 6. — L. 7. D. de alienat. iud. mut. c. 4. 7. L. 9. §. 8. L. 11. D. de reb. auct. iud. 42. 5. L. 1. §. 5. D. ne vis fiat 43. 4. h) L. 1. §. 8. D. l. c. cf. L. 26. D. de O. et A. 44. 7. i) L. 35. pr. D. l. c. L. 1. pr. §. 1. D. de vi. 43. 16. cf. L. 7. §. 2. D. de cond. furt. 13. 1.

wählt; „uneigentliche" nennt die ersten Sint. §. 29; die Ersatzklagen nennt Sav. „erhaltende Klagen". — Ueber die Litiscrescenz (not. f.) Rudorff in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. 9. — Eine andere Strafwirkung mancher Klagen war die Infamie; daher actiones famosae (§. 31).

§. 99.

c) Einseitige und doppelseitige Klagen.

Gewöhnlich stehen in einem Streitverhältniß beide Parteien, Kläger und Beklagter, in wesentlich verschiedener Stellung einander gegenüber; der eine will Zuerkennung eines Rechts, beziehungsweise Verurtheilung des Beklagten, dieser will Abweisung des Klägers; die Klage ist schlechthin einseitig, actio simplex. In gewissen Fällen aber nehmen beide Parteien wesentlich dieselbe Stellung ein, uterque actor est, et rei et actoris partes sustinet; die eine wie die andere kann verurtheilt werden; die Rolle des Klägers, d. i. desjenigen, qui primus ad iudicium provocavit, ist nur formell von der des Beklagten unterschieden. In Fällen dieser Art, wozu vorzüglich die drei Theilungsklagen gehören (§. 97. Anm. 5.), heißt die Klage duplex actio, doppelseitige Klage, oder mixta actio in diesem Sinn.[a]) Nicht zu verwechseln damit ist der Gegensatz von directa und contraria actio, Klage und Gegenklage (nicht Widerklage im processualischen Sinn, reconventio); dieser beruht darauf, daß in gewissen obligatorischen Verhältnissen zunächst und hauptsächlich nur eine Partei, gegen welche deßhalb directa actio stattfindet, verpflichtet erscheint, dieser aber aus demselben Rechtsverhältniß eine Gegenforderung erwachsen kann, die sie durch contraria actio einklagen mag;[b]) hier sind zwei selbständige Klagen, nicht eine doppelseitige, gegeben.

---

a) L. 37. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. L. 10. D. fin. reg. 10. 1. L. 2. §. 3. L. 44. §. 4. D. fam. erc. 10. 2. L. 2. pr. D. de interd. 43. 1. L. 3. §. 1. D. uti poss. 43. 17. §. 7. J. de interd. 4. 15. cf. L. 13. 14. D. de iud. 5. 1. L. 2. §. 3. D. comm. div. 10. 3. b) L. 17. §. 1. L. 18. §. 4. D. commodati vel contra. 13. 6. cf. rubr. tit. D. de pigneratitia actione vel contra. 13. 7., depositi vel contra. 16. 3., mandati vel contra. 17. 1. L. 6. §. 7. D. de his qui not. inf. 3. 2. — Contrarium iudicium in anderer antiquirter Bedeutung Gai. IV. 177—179.

§. 100.

d) Historisch bedeutende Eintheilungen der Klagen.

Im römischen Recht kommen noch verschiedene Eintheilungen der Klagen vor, welche theils schon im Justinianischen Recht nicht von materieller Bedeutung waren, theils im heutigen Recht solche Bedeutung nicht mehr haben. Es werden nämlich unterschieden:

1) civiles und honorariae (praetoriae, aedilitiae) actiones, nach Verschiedenheit der Rechtsquelle, wodurch sie eingeführt waren.[a])

2) directa und utilis actio, je nachdem eine Klage in dem ursprünglich beschränkteren Gebiet ihrer Anwendung oder durch Anwendung auf andere Fälle in weiterm Umfang gegeben wird.[b]) Die Bezeichnung einer Klage als utilis actio ist insofern bedeutend, als dadurch angedeutet wird, daß sie in ihren Wirkungen nach Analogie der vorbildlichen directa actio zu beurtheilen ist.[c]) Ein verwandter Begriff ist der der in factum actiones.

3) Actiones im engern Sinn oder ordinariae, extraordinariae actiones (von denen die vermögensrechtlichen unter dem Ausdruck persecutio[d]) begriffen waren, und interdicta. Diese Unterscheidung beruhte auf einer später weggefallenen Verschiedenheit des Verfahrens. Die ersten waren Klagen, in Folge deren die Entscheidung, nach der Einleitung des Rechtsstreites vor dem Magistratus (in iure), an einen Judex überging (iudicium); extraordinariae solche, bei denen der erste selbst definitiv entschied.[e]) Die Interdicte aber waren ursprünglich Befehle, welche der Prätor sofort auf Antrag einer Partei erließ, ein Gebot (decretum) oder ein Verbot (interdictum im engeren Sinn), welche aber, wenn der Gegner Widerspruch entgegen-

---

a) L. 28. pr. D. de legat. I. (30). §. 3—12. J. h. t. Cod. de aedilitiis act. 4. 58. b) L. 21. D. de praescript. verb. 19. 5. §. 16. J. de lege Aquil. 4. 3. L. 47. §. 1. D. de neg. gestis. 3. 5. cf. Gai. IV. 34—37. Ulp. XXVIII. 12. c) L. 17. §. 3. D. de usufr. 7. 1. L. 16. 19. pr. D. de instit. act. 14. 3. d) L. 178. §. 2. D. de V. S. L. 28. D. de O. et A. 44. 7. L. 2. §. 3. D. de hered. vend. 18. 4. e) Dig. de extraordinariis cognitionibus. 50. 13. L. 17. D. de reb. cred. 12. 1. cf. L. 2. Cod. de ped. iud. 3. 3. pr. J. de succ. sublat. 3. 12. §. 8. J. de interd. 4. 15.

setzte, nur zur Einleitung und Grundlage eines weitern Verfahrens dienten. [f]) Nachdem in späterer Zeit dieses Verfahren außer Gebrauch gekommen, gründeten sich nun auf die im Edict im Allgemeinen ausgesprochenen Interdicte eigene Klagen, interdicti actiones, [g]) die noch jetzt insbesondere Interdicte genannt werden. [h]) Sie dienen theils ein materielles Recht zu schützen (proprietatis causam habent), theils einen bloß factischen Zustand oder die Ausübung eines Rechts (possessionis causam habent); [i]) die ersten concurriren in einigen Fällen mit einer actio aus demselben Rechte, und werden dann in der Praxis als bloß provisorische Rechtsmittel behandelt, die eine Entscheidung nur einstweilen nach bloßer Wahrscheinlichkeit bewirken, so daß nachher noch über denselben Streitgegenstand die actio stattfinde. Ihrem Zweck nach werden die Interdicte eingetheilt in prohibitoria, restitutoria und exhibitoria, sodann mixta interdicta, [k]) eine Unterscheidung, die sich früher auf den verschiedenen Inhalt des prätorischen Befehls bezog, materiell aber, ebenso, wie der Unterschied zwischen interdicta simplicia und duplicia, [l]) auch auf andere Klagen, wenn auch nicht als allgemeine Eintheilung derselben, angewendet werden kann.

4) Stricti iuris und bonae fidei actiones, arbitrariae actiones. Der letzte Ausdruck bezeichnet eine Reihe von restitutorischen oder exhibitorischen, theils persönlichen, theils dinglichen Klagen, bei welchen nach älterm Verfahren der Richter durch einen besondern Zusatz in der Formula angewiesen wurde, zunächst zu bestimmen, was der Beklagte eigentlich zu leisten hatte, und dann erst wegen Erfolglosigkeit dieser Auflage denselben zu entsprechender Geldzahlung zu verurtheilen. [m]) Diese haben aber ihre eigenthümliche Bedeutung wesentlich schon im Justinianischen und vollends im heutigen Recht verloren, indem nun die Verurtheilung des Beklagten immer zunächst auf den

---

f) Gai. IV. 139—170. g) pr. §. 8. J. de interdictis. 4. 15. et Theophil. ad h. l. L. 3. 4. Cod. de interd. 8. 1. L. 17. Cod. de act. emt 4. 49. h) Dig. de interdictis sive extraordinariis actionibus quae pro his competunt. 43. 1. Cod. 8. 1. i) L. 2. §. 1—3. D. l. c. k) L. 1. §. 1. D. l. c. l) L. 2. pr. D. l. c. (§. 99. not. a.) m) §. 31. J. h. t. cf. L. 14. §. 4. D. quod met. causa. 4. 2. L. 68. D. de rei vind. 6. 1.

eigentlichen Gegenstand der Klage gerichtet und dieses Urtheil auch, soweit möglich, zwangsweise vollzogen wird, also nur subsidiär Ersatzleistung in Geld eintritt. Auch der im Justinianischen Recht noch in verschiedenen Beziehungen wichtige Unterschied zwischen stricti iuris und bonae fidei actiones, welcher in der strenger beschränkten oder freiern Behandlung und Beurtheilung der Klagsachen beruhte, und mit der strengeren oder freieren Natur der den Klagen zum Grunde liegenden obligatorischen Rechtsverhältnisse zusammenhing, [n]) ist im heutigen Rechte verschwunden, indem die freiere Behandlung in allen Fällen zur Regel geworden ist.

5) Actiones privatae und populares. In manchen Fällen gestattet nämlich das römische Recht einem jeden Bürger, als Stellvertreter der Gesammtheit gegen den Uebertreter einer im öffentlichen Interesse gegebenen Rechtsvorschrift eine Klage anzustellen, deren Erfolg zwar zum Vortheil des Klägers ist, die ihrem Grunde nach aber nicht aus einer Privatrechtsverletzung entspringt, und daher popularis oder publica actio heißt. [o]) Heutzutage sind solche Klagen nicht mehr üblich; die Obrigkeit schreitet von Amtswegen ein.

Anm. In Betreff der obigen Eintheilungen der Klagen vgl. über nro. 1—3. Sav. §. 213—217, Wächter Erörtr. II. 10; über die Interdicte Sav. Recht des Besitzes §. 34. Bethmann-Hollweg Proceß. I. §. 37.; über arbitrariae actiones Sav. §. 221—223. Wächter Erörtr. II. 9.; über bonae fidei und stricti iuris actiones (condictiones) Sav. §. 218—220. nebst Beil. XIII. XIV., Wächter II. 11. und über die heutige Anwendung Sav. §. 224. Wächter S. 122—125. Sint. I. §. 29. S. 266—276. Die Ansicht, daß der letztgenannte Unterschied nicht mehr praktisch sey, vertheidigt unter andern schon von Andreae, praeside Gundling, de usu practico actionum bonae fidei. Hal. 1724., in neuerer Zeit nur von wenigen, z. B. Roßhirt Ztschr. I. S. 88. fg., Liebe die Stipulation S. 93., noch angefochten, ist durch obige Ausführungen vollkommen befestigt. — Ueber die Unanwendbarkeit der Popularklagen P. §. 35. Böhmer de action. II. 4. §. 51. 11. §§. 17. 18. 32—34.

---

n) §. 28—30. J. h. t. Gai. IV. 62. o) Dig. de popularibus actionibus. 47. 23. cf. L. 43. §. 2. D. de procurat. 3. 3. L. 30. §. 3. D. de iureiur. 12. 2. L. 32. pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 56. §. 3. D. de fideiuss. 46. 1. L. 12. pr. D. de V. S.

3) Von Einreden und Gegeneinreden. [a])

§. 101.

a) Begriff.

Der Beklagte kann sich gegen die Klage vertheidigen, indem er entweder 1) die Thatsachen, wodurch das angebliche Recht des Klägers begründet seyn soll, schlechthin läugnet, oder 2) andere Thatsachen anführt, aus denen sich ergibt, daß jenes Recht gleichwohl nicht entstanden oder später wieder aufgehoben sey, also gegenwärtig gar nicht bestehe, oder 3) auf ein entgegenstehendes Recht sich beruft, vermöge dessen die Klage, wenn gleich das ihr zum Grunde liegende Recht an sich bestehe, gleichwohl nicht mit Erfolg gegen ihn angestellt werden könne. Die beiden ersten Arten der Vertheidigung kommen darin überein, daß sie das gegenwärtige Daseyn des Rechts des Klägers ganz verneinen, während die letzte dem Rechte ein Recht entgegensetzt, kraft dessen die Wirksamkeit der aus jenem hervorgehenden Klage überhaupt oder zur Zeit ausgeschlossen wird. Eine Einwendung dieser Art ist Exceptio, [b]) Einrede im engern Sinne; im weitern Sinn begreift man im heutigen Proceßrecht unter Einrede auch Einwendungen der zweiten Art, die mit den eigentlichen Exceptionen darin zusammentreffen, daß dem Beklagten der Beweis derselben obliegt. [c]) Exceptio im materiellen (civilrechtlichen) Sinn (ius exceptionis), entsprechend dem Klagrecht, ist also ein dem letzten entgegenstehendes Recht, wodurch dieses, wenn gleich an sich begründet, ganz oder theilweise unwirksam gemacht wird. [d]) In gleicher Weise kann nun aber der Exceptio von Seiten des Klägers eine Gegeneinrede, replicatio, entgegenstehen, exceptionis exceptio oder contraria exceptio, wodurch die Wirkung der Exceptio beseitigt, also die der Klage aufrechterhalten wird, und ebenso der Replik wiederum von Seiten des Beklagten eine Duplik, duplicatio u. s. w. [e])

---

[a]) J. de exceptionibus. 4. 13. de replicationibus. 4. 14. Dig. de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis. 44. 1. Cod. de exceptionibus seu praescriptionibus. 8. 36. [b]) pr. J. h. t. Gai. 116—118. [c]) L. 1. D. h. t. L. 9. 19. pr. D. de probat. 22. 3. L. 19. Cod. eod. 4. 19. cf. L. 1. Cod. ibid. [d]) L. 2. pr. §. 2. D. h. t. [e]) L. 22. §. 1—3. D. h. t. pr. §. 1. 2. J. h. t. 4. 14.

Anm. 1) Im ältern Verfahren per formulas, trat das Wesen der Exceptio sichtbar hervor, indem sie als eine Ausnahme oder Beschränkung der Condemnatio ausdrücklich in die Formula eingeflochten wurde, damit der Judex darauf Rücksicht nehmen müsse; ebenso die Replicatio, als Gegensatz gegen die Exceptio, z. B. *Judex esto. Quod A. Agerius a Numerio Negidio decem dari stipulatus est isque spopondit, si paret N. Negidium A. Agerio decem dare oportere, si inter A. A. et N. N. non convenit, ne ea pecunia peteretur, aut si postea convenit, ut eam pecuniam petere liceret, N. Numerium Negidium A. Agerio decem condemna;* nicht aber z. B. . . . . *oportere, si A. Agerio ea pecunia soluta non est*, was eine sog. exceptio solutionis seyn würde. Gai IV. §. 40—43. 116. 119. 126. Darauf bezogen sich die Ausdrücke: postulare oder petere, und dare oder addere exceptionem u. dgl.; es war exceptio im formellen Sinn des damaligen Verfahrens. Aber das Recht der Exceptio war nicht abhängig davon, konnte vielmehr, wenn es unbestritten war, schon in iure Abweisung des Klägers (denegatio actionis) begründen, L. 7. §. 6. D. ad S'. Maced. 14. 6. L. 9. pr. §. 5. D. de iureiur. 12. 2. und es war Regel: bonae fidei iudiciis inesse doli mali exceptionem, sc. *si non dolo malo Negidii in ea re aliquid factum sit neque fiat*, d. h. hier bedurfte es keiner formellen Exceptio. L. 21. de soluto matr. 24. 3. L. 84. §. 5. D. de legat. I. L. 3. D. de rescind. vend. 18. 5. Fragm. Vat. §. 94. Puchta Inst. II. §. 170. Nachdem nun im neueren Verfahren Exceptionen in jenem formellen Sinn überhaupt nicht mehr vorkamen, hieß *datur exceptio* nichts anders als: es findet ein Exceptionsrecht statt. Wenn manche behauptet haben, daß im neuern römischen oder doch im heutigen Recht der Unterschied zwischen Exceptio im eigentlichen und im weitern Sinn, zwischen der Unwirksamkeit der Klage per exceptionem und ipso iure, weggefallen sey (Albrecht, die Exceptionen des gemeinen Civilprocesses, München 1835.), so beruht dieses theils auf einer Verkennung des Unterschiedes zwischen Exceptio in jenem formellen Sinn und Exceptionsrecht, theils auf unrichtiger Begränzung des Gebietes der Exceptionen. (§. 102.). Sav. §. 225—229. Uebrigens kommen die Ausdrücke exceptio und excipere zwar auch im römischen Rechte schon bisweilen in weiterer Bedeutung vor, L. 18. §. 2. D. de probat. 22. 3. (excepit *se non respondisse*), L. 14. §. 2. Cod. de contrah. stip. 8. 38. (testes omni exceptione maiores), L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. (temporalis exceptio sive per usucapionem inducta sive per decem vel viginti annorum curricula); aber regelmäßig und technisch sind sie in der engern Bedeutung gebraucht. Sav. S. 162. not. f. S. 167. not. o. — Gleichbedeutend mit exceptio ist im Just. Recht praescriptio, nachdem ältere formelle Verschiedenheiten weggefallen. Gai. IV. 130—137. rubr. tit. Cod. 8. 36. de exceptionibus *seu* praescriptionibus. Sav. S. 163—165. Puchta Inst. §. 171.

2) Die replicatio konnte allenfalls auch schon duplicatio genannt

werden, und die duplicatio somit triplicatio. Daher L. 2. §. 2. D. h. t. Sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus (quadruplicatio); wo jedoch die *Vulg.* und *Hal.* lesen: *solet dari duplicatio et contra duplicationem tripl.* etc. cf. L. 7. §. 1. 2. D. de cur. fur. 27. 10. — Anders aber §. 1. 2. J. h. t. 4. 14. Vgl. Sav. S. 193.

§. 102.

b) Gründe und Arten der Einreden.

Die Einreden gründen sich zum Theil auf Regeln des Processes, meistens auf Regeln des materiellen Rechts.[1]) Ein Recht, das durch Klage geschützt ist, kann nach Umständen auch durch Einrede geltend gemacht werden;[a]) aber das Recht der Einrede kann auch ohne ein klagbares Recht bestehen, als bloßes Schutzmittel gegen die Klage des Andern.[b]) Es kann dieser von Anfang an entgegenstehen[c]) oder erst später entgegentreten.[d]) Es kann die Klage entweder nur für eine gewisse Zeit oder unter gewissen Umständen hindern, dilatoria oder temporalis exceptio, verzögerliche Einrede, oder dieselbe für immer ausschließen, peremtoria oder perpetua exceptio, zerstörliche Einrede.[e]) — In der Regel stehen die Einreden in solcher Verbindung mit dem die Klage begründenden Verhältniß, daß sie Jedem zustehen, welcher wegen desselben als Rechtsnachfolger oder accessorisch Verpflichteter belangt wird, sie sind exceptiones rei cohaerentes;[f]) ausnahmweise kommen aber auch exceptiones personae cohaerentes vor, die nur auf eine bestimmte Person sich beschränken.[g]) Umgekehrt sind die Exceptionen regelmäßig auch in der Beziehung in rem, daß sie jedem entgegenstehen, welcher den durch sie ausgeschlossenen oder

---

a) L. 1. §. 4. D. de superfic. 43. 18. L. 156. §. 1. D. de R. J. b) L. 1. §. 4. D. de dolo. 4. 3. L. 7. pr. §. 4. D. de pactis. 2. 14. c) §. 1. J. h. t. 4. 13. d) §. 2. J. l. c. e) L. 2. §. 4. L. 3. D. h. t. §. 8—11. J. h. t. Gai. IV. 120—125. cf. L. 13. 16. 18. D. h. t. Gai. §. 133. f) §. 4. J. de replicat, 4. 14. L. 7. §. 1. L. 19. D. h. t. L. 11. Cod. h. t. L. 2. §. 2. D. de doli exc. 44. 4. L. 3. D. de exc. rei vend. 21. 3. g) L. 7. pr. D. h. t. §. 4. J. cit. in f. cf. L. 24. 25. D. de re iud. 42. 1. L. 21. §. 5. — L. 26. D. de pactis. 2. 14.

beschränkten Rechtsanspruch erhebt; aber es gibt Exceptionen, die auch in dieser Beziehung nur in personam gehen. [h])

Eine Einrede von sehr umfassender Anwendung ist die Einrede widerrechtlichen Begehrens, doli exceptio. Sie beruht darin, daß nach den vorliegenden Umständen der Kläger, indem er seinen Anspruch verfolge, nicht redlich handle; daher können die meisten aus dem materiellen Recht entspringenden Einreden in eine doli exceptio übergehen. [i]) Verschieden von dieser sog. exceptio doli generalis ist die exceptio doli, [2]) die sich auf einen früher geübten Betrug des Klägers gründet, die sog. exceptio doli specialis. [k]) Nur eine Anwendung der ersten aber ist in dem sog. Retentionsrecht enthalten, d. i. dem Recht des Beklagten, der auf Herausgabe einer Sache belangt ist, diese zu verweigern, sofern er nicht für Gegenansprüche, die damit in Verbindung stehen, befriedigt wird. [l])

Anm. 1) Exceptionen, wie Actionen, sind sowohl durch das Civilrecht im engern Sinn, wie durch das prätorische Recht eingeführt, durch das letzte vorzüglich, um die Billigkeit gegen das strenge Recht zu wahren. §. 7. J. h. t. Gai. IV. 118. cf. L. 3. D. h. t.; und es können Exceptionen der einen Art Klagen der andern Art gegenüberstehen. Sav. S. 169—173. Auch werden utiles und in factum exceptiones genannt, analog den actiones utiles und in factum. L. 21. D. de praescript. verb. 19. 5. §. 1. J. h. t. L. 4. §. 16. 32. D. de doli exc. 44. 4.

2) Der Unterschied zwischen der einen und andern Art der doli exceptio gab sich in der Formel zu erkennen: a) *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit;* b) *si in ea re nihil dolo A. Agerii fiat*; oder beides vereinigt c) *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat.* Gai. IV. 119. — L. 4. §. 5. D. de doli exc. 44. 4. Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit; nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. Hänel im civ. Arch. XII. S. 422. — Ueber das Retentionsrecht, als eine vermeintliche Wirkung des Besitzes, vgl.

h) L. 4. §. 27—29. 31. 33. D. de doli exc. 44. 4. i) L. 2. §. 3—5. L. 8. 12. D. de doli exc. 44. 4. k) L. 2. §. 1. D. l. c. l) L. 4. §. 9. L. 14. D. l. c. §. 30. 32—34. J. de rer. div. 2. 1. L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. L. 13. §. 8. D. de act. emti. 19. 1. — cf. L. un. Cod. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse. 8. 27.

Schenck die Lehre vom Retentionsrechte. Jena 1837; deßgl. Luden, Jena 1839; eine Art der Selbsthülfe? M. §. 136. Dagegen P. §. 94. not. b.

4) Aufhebung der Klagen und Einreden.

§. 103.

Klagen und Einreden müssen nach der Natur der Sache erlöschen, wenn das ihnen zum Grunde liegende Recht oder wenn das sie veranlassende thatsächliche Verhältniß zum Gegner, d. i. bei Klagen die Verletzung, aufhört. Es gibt aber verschiedene Endigungsgründe, welche zunächst die Klage oder Einrede treffen, und so denn freilich mittelbar auch das Recht entweder in seiner Wirksamkeit beschränken oder auch ganz aufheben. Solche Endigungsgründe sind, abgesehen von der Einwirkung des Processes, wovon §§. 113. 116., der Tod einer Partei, die Concurrenz der Klagen, und die Verjährung.

§. 104.

a) Tod einer Partei.

Dieser hebt die Klagen, sofern nicht Grund oder Anlaß derselben dadurch wegfällt, regelmäßig nicht auf. In Betreff vermögensrechtlicher Klagen ist Regel: actiones heredi et in heredem competunt. [a]) Jedoch gehen 1) auf Seiten des Klagberechtigten, activ, gewisse Klagen nicht auf den Erben über, welche, obgleich auf ein vermögensrechtliches Object gerichtet, doch ihrem Grunde nach vielmehr auf Genugthuung für persönliche Unbilde gehen, [b]) sog. actiones vindictam spirantes; [1]) 2) auf Seiten des Beklagten gehen Klagen aus Delicten nicht gegen den Erben, soweit sie auf eine eigentliche Strafe gerichtet sind, [c]) und selbst, soweit sie Entschädigung zum Gegenstande haben, nach römischem Recht nur in dem Maße, als durch das Delict des Erblassers dem Erben etwas zugekommen ist, [d]) nach heutigem Recht jedoch, [e]) soweit der Betrag der Erbschaft

---

a) J. de perpetuis et temporalibus actionibus et quae ad heredes et in heredes transeunt. 4. 12. b) §. 1. J. h. t. L. 2. §. 4. D. de collat. 37. 6. c) L. 1. pr. D. de priv. del. 47. 1. d) L. 38. 44. 127. D. de R. J. L. 35. pr. D. de O. et A. 44. 7. cf. §. 1. J. l. c. e) cap. 5. X. de raptor. 5. 17. cap. 9. X. de usuris. 5. 19. cap. 28. X. de sent. commun. 5. 39. cap. 14. X. de sepult. 3. 28.

reicht.[2]) Diese Beschränkungen des activen oder passiven Uebergangs der Klagen auf die Erben fallen weg nach Beginn des Rechtsstreites (§. 113.)

Auch Einreden werden nur ausnahmsweise durch den Tod aufgehoben, sofern sie personae cohaerentes sind oder nur in personam gehen (§. 104).

Anm. 1) Den Gesichtspunkt dafür deutet an L. 28. D. de iniur. 47. 10. Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur. Die Bezeichnung ist veranlaßt durch L. 2. §. 4. D. de collat. Emancipatus filius si iniuriarum habet actionem, nihil conferre debet; magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem. cf. L. 10. D. de sepulcro violato. 47. 12. Die dahin gehörigen Klagen sind a) die iniuriarum actio, L. 13. pr. D. de iniur.; b) die in factum actio des ungesetzlich in ius vocirten Parens oder Patronus; L. 24. D. de in ius voc. 2. 4. (unpraktisch); c) querela inofficiosi testamenti, L. 7. D. de inoff. test. 5. 2.; d) in factum actio de calumnia. L. 4. D. de calumnia. 3. 6.; e) die Klage auf Rückgabe einer Schenkung wegen Undankbarkeit, L. ult. Cod. de revoc. don. 8. 56.; f) die actio sepulcri violati, L. 6. 8. 10. D. de sep. viol. 47. 12.; g) die actio in factum wegen verhinderter Beerdigung, L. 9. D. de relig. 11. 7. Bei der letzten Klage wird es bestritten z. B. von Böhmer II. 4. §. 67. Mühlenbruch Cession S. 300. V. §. 145. Dagegen Kierulff I. S. 228. Sav. S. 200 fg. Vgl. L. 9. cit. in f. (Gai.): Unde miror, quare constare videatur, neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem; nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur; certe perpetuo ea inter ipsos competit. — P. §. 88. not. c. setzt noch hinzu: „die Klage auf die Nachtheile der Ehescheidung gegen den schuldigen Theil", nach L. 15. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. „morum vero coercitionem non habet (heres)". Dagegen Sav. S. 202. not. l. Uebrigens vgl. noch Sav. II. §. 73. — Daß auch Popularklagen nicht vom Erben als solchem angestellt werden konnten, ergab sich von selbst aus deren Natur, da sie jedem Bürger, also vor der Anstellung keinem als besonderes Recht zustanden. L. 7. D. de pop. act. 47. 23.

2) Das Princip dieser Lehre ist in dem Satze ausgesprochen: in poenam heres non succedit. L. 22. D. de op. n. n. 39. 1. L. 20. D. de poen. 48. 19., der dann auch auf einseitige Strafklagen ausgedehnt wurde (§. 99.), L. un. Cod. Ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur. 4. 17. L. 17. §. 1. L. 26. 27. D. de dolo. 4. 3. L. 23. §. 8. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 9. §. 8. L. 10. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5.; aber beschränkt durch den andern Satz: sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset, L. 38. D. de R. J., und: turpia

lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur. L. 5. pr. D. de calumnia. 3. 6. L. 16. §. 2. L. 17. D. quod met. c 4. 2. — Hieher gehört auch die Klage, welche gegen den Erblasser begründet war, qui dolo malo possidere desiit, L. 42. 52. D. de rei vind. 6. 1.; nicht auch die condictio furtiva, „quia rei habet persecutionem.“ L. 7. §. 2. L. 9. D. de cond. furt. 13. 1.; streitig ob die actio rerum amotarum? L. 6. §. 4. D. de act. rer. amot. 25. 2. L. 3. Cod. eod. 5. 21. — Auch findet jene Regel nicht Anwendung auf Klagen aus Rechtsgeschäften (ex contractu oder quasi ex contractu), wenn der Erblasser dabei eines Dolus sich schuldig gemacht. L. 12. 49. D. de O. et A. 44. 7. L. 121. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 152. §. 3. L. 157. §. 2. D. de R. J. Zwar sagt §. 1. J. h. t. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, (*veluti*) cum testator dolose versatus sit (*ex deposito*) et ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenerit, und Theophilus führt als Beispiel die actio depositi an. Aber vgl. dagegen die ll. cc. und L. 1. §. 1. L. 7. §. 1. D. depos. 16. 3., Gai. IV. 113. Aliquando tamen (*etiam*) ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit; nam adstipulatoris heres non habet actionem et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur (veraltete Fälle). Vgl. noch L. 8. §. 1. D. de fideiuss. et nominat. 27. 7. mit L. 2. 4. 5. Cod. de in lit. iur. 5. 43. — L. 1. §. 21. 23. D. de tut. et rat. distrah. act. 27. 3. — — Das canonische Recht hat die Erben eigentlich unbedingt haftbar für Entschädigung erklärt, wie für andere Schulden der Erbschaft: cap. 5. cit. Heredes . . . . *iuxta facultates suas* condigne satisfaciant; aber die Praxis hat dieß von jeher so erklärt, als hieße es: *iuxta facultates hereditatis.* Vgl. überhaupt Francke Beiträge I. 1. Sav. V. S. 46—60.

§. 105.

b) Concurrenz der Klagen.

Mehrere Klagen können ganz oder zum Theil auf denselben juristischen Zweck, Verwirklichung desselben materiellen Rechtsanspruchs, gerichtet seyn. Wenn und soweit hier durch eine der concurrirenden Klagen jener Zweck erreicht ist, fallen die übrigen weg; dasselbe juristische Object, welches bereits durch eine Klage erlangt ist, kann nicht noch einmal durch eine andere Klage gefordert werden; wenn aber die zuerst durchgeführte Klage dem Gegenstande nach weniger umfaßte, so kann durch die umfassendere Klage dasjenige nachgefordert werden, was jene nicht gewährte.[1]) Nicht solchen Einfluß hat die Identität

der Personen [a]) oder des thatsächlichen Entstehungsgrundes [b]) mehrerer Klagen, wenn nicht gänzliche oder theilweise Identität des durch diese zu verfolgenden Rechtsanspruches damit verbunden ist. [2])

In manchen Fällen aber hat der Berechtigte zwischen mehreren Klagen, die nicht denselben Zweck haben, doch nur die Wahl, so zwar, daß schon durch die Wahl oder Anstellung der einen die andere ausgeschlossen ist, sey es wegen Unvereinbarkeit der durch diese Klagen zu verfolgenden Ansprüche, sey es vermöge besonderer Rechtsvorschrift. [c])

Anm. 1) Den Hauptgrundsatz dieser Lehre spricht aus L. 57. D. de R. J.: Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur, sodann näher bestimmend L. 41. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. Si ex eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, nihil consequatur. (Die Hdschr. haben *id consequatur,* aber unzweifelhaft ist zu lesen *nihil consequatur,* Huschke in Linde's Ztschr. N. F. II. S. 180.) Vgl. L. 43. §. 1. D. de R. J. Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet. Anwendungen davon: bei Concurrenz von Ersatzklagen auf dasselbe Vermögensinteresse (quod ex patrimonio nobis abest), gegen denselben Beklagten, L. 34. §. 1. 2. D. de O. et A. L. 38. §. 1. L. 43. 47. pr: D. pro socio. 17. 2., oder gegen verschiedene, L. 17. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 1. §. 10. — L. 4. D. de his qui effud. 9. 3.; bei Concurrenz von Ersatzklagen und gemischten Klagen, L. 7. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 2. §. 3. D. de priv. del. 47. 1. L. 34. §. 2. cit. . . . . Et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur. Post commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur; sed verius est, remanere, quia simplo accedit et simplo subducto locum non habet. Zu lesen *locum habet?* Sav. S. 229. fg., oder *non remanere . . . . locum non habet?* Huschke a. a. O. S. 184 fg. cf. L. 47. §. 1. — L. 50. D. pro socio. 17. 2. Sehr streitig, für das heutige Recht aber unerheblich ist die Frage, ob die obige Regel auch Anwendung finde auf mehrere Strafklagen, welche

---

a) L. 2. D. de priv. del. 47. 1. L. 27. pr. L. 32. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. b) L. 1. §. 9. L. 18. §. 2. D. de iniur. 47. 10. L. 11. §. 2. L. 51. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 45—47. D. pro socio. 17. 2. L. 34. §. 2. D. de O. et A. 44. 7. c) L. 7. D. de lege commiss. 18. 3. L. 18. pr. L. 19. §. 6. D. de aed. ed. 21. 1. L. 3. §. 5. L. 6. §. 4. D. nautae caup. 4. 9. L. 8. Cod. de codicillis. 6. 36. u. a.

unter denselben Personen durch eine und dieselbe Handlung begründet worden? L. 32. 34. pr. 53. pr. 60. D. de O. et A. L. 130. D. de R. J. Sav. §. 234. V. §. 572.

2) Ueber die sonst üblichen Unterscheidungen: subjective und objective, sodann successive, cumulative und elective Concurrenz der Klagen vgl. Thibaut civ. Abh. S. 146—204.; eine neue vereinfachende Darstellung dieser Lehre gibt Sav. V. §§. 231—236. Vgl. damit Huschke a. a. O., Sint. §. 30.

c) Verjährung.

§. 106.

α) Grund und Ursprung der Klagenverjährung.

Verjährung einer Klage ist Aufhebung ihrer Wirksamkeit in Folge lange versäumter Anstellung derselben. Sie ist gerechtfertigt theils durch die Nachlässigkeit des Klagberechtigten, theils durch die Rücksicht auf den Beklagten, um diesen gegen Erhebung von Rechtsansprüchen zu schützen, die vielleicht nur scheinbar noch begründet, in der That aus nicht mehr zu erweisenden Gründen erloschen sind. Gleichwohl kannte das ältere römische Civilrecht keine Verjährung der Klagrechte; die actiones waren perpetuae im buchstäblichen Sinn des Wortes. Aber die prätorischen Klagen wurden großentheils, namentlich der Regel nach die prätorischen Strafklagen, auf einen annus utilis eingeschränkt,[a] nach dessen Ablauf ihnen annua exceptio entgegenstand;[b] zum Theil noch kürzere Fristen waren den aedilitischen Klagen gesetzt.[c] Diese Klagen waren daher temporales oder temporariae actiones. Auch bei einigen Civilklagen wurde eine bestimmte Zeitbeschränkung angenommen,[d] und in Betreff der speciales in rem actiones galt zu Gunsten des Besitzers in gutem Glauben eine Verjährung per longum tempus, d. i. einen Zeitraum von zehn, beziehungsweise zwanzig Jahren, longi temporis praescriptio oder exceptio, die aber wegen ihrer besondern Voraussetzungen mit der Ersitzung des

---

[a]) pr. J. de perpetuis et temporalibus act. 4. 12. Gai. IV. 110. 111. [b]) L. 30. §. 5. D. de peculio. 15. 1. L. 15. §. 5. D. quod vi. 43. 24. [c]) L. 38. pr. D. de aed. ed. 21. 1. [d]) Dig. ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur. 40. 15. Cod. 7. 21. L. 1. Cod. de quadriennii praescriptione. 7. 37. L. 1. §. 2. D. de iure fisci. 49. 14.

Eigenthums eng zusammenhängt und im Justinianischen Recht damit verschmolzen ist. [e]) Erst Theodosius II. (a. p. Chr. 424) stellte, mit wenigen Ausnahmen, als durchgreifende Regel auf, daß alle nicht in kürzerer Zeitfrist verjährenden Klagen durch eine praescriptio triginta annorum ausgeschlossen seyn sollten, [f]) und diese Verordnung ist denn auch ins Justinianische Recht übergegangen, [g]) näher bestimmt und theilweise modificirt durch einige spätere Constitutionen, [h]) wornach in verschiedenen Fällen eine längere Verjährungsfrist, namentlich von vierzig Jahren, stattfindet. Hiernach sind nun regelmäßig alle Klagen der Verjährung unterworfen, entweder durch den Ablauf von dreißig Jahren oder mehr; dann heißen sie auch jetzt noch perpetuae actiones; oder in kürzerem Zeitraume; dann heißen sie temporales actiones. Ausgenommen sind davon jedoch die Theilungsklagen, sofern sie Aufhebung einer noch bestehenden Gemeinschaft oder Beseitigung einer noch fortdauernden Gränzverwirrung bezwecken, [i]) nicht sofern sie auf einzelne daraus hervorgegangene Rechtsansprüche gerichtet sind. [k])

Anm. 1) Zur Litteratur dieser Lehre gehören die Schriften über Verjährung überhaupt (§. 87.), insbesondere Unterholzner Verjährungslehre II. §§. 252–283. Vorzüglich vgl. Sav. V. §§. 237—252., über das Geschichtliche derselben Puchta Inst. II. §. 208.

2) Im römischen Recht sind von der Verjährung noch schlechthin ausgenommen a) die vindicatio in libertatem, L. 3. Cod. de longi temporis praescriptione, quae pro libertate et non adversus libertatem opponitur. 7. 22. b) die Vindication eines Colonen durch seinen Herrn, L. 23. pr. Cod. de agricolis. 11. 47. c) die Vindication eines Curialen durch die Stadt. L. 5. Cod. h. t. 7. 39. d) die Klage des Fiscus auf rückständige Steuern. L. 6. Cod. l. c. — Die letzte Ausnahme aber ist nicht mehr praktisch, die Klagen unter a—c kommen gar nicht mehr vor. Sav. S. 409—411. — Durch Vertrag kann die Verjährung der Klage nicht im voraus ausgeschlossen werden. Sav. S. 411—413.

---

e) Cod. de praescriptione longi temporis. 7. 33. f) L. un. Theod. Cod. de actionibus certo tempore finiendis. 4. 14. g) L. 3. Cod. de praescriptione 30 vel 40 annorum. 7. 39. h) L. 4—9. Cod. l. c. L. 1—3. Cod. de annali exceptione italici contractus tollenda et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptionibus earum. 7. 40. i) L. 5. Cod. comm. div. 3. 37. k) L. 1. §. 1. Cod. h. t. 7. 40.

β) Erforderniſſe der Klagenverjährung.

§. 107.

aa) Beginn der Verjährungszeit.

Die Verjährungszeit beginnt mit dem Tage, an welchem zuerſt ein Rechtsanſpruch als klagbarer gegen einen beſtimmten Gegner beſteht, alſo die Möglichkeit, zu klagen, gegeben iſt (actio nata), ſomit 1) bei dinglichen Klagen, wann zuerſt der Gegner durch Beeinträchtigung des Rechts zur Klage Anlaß gibt, z. B. bei der Eigenthumsklage, wann derſelbe zuerſt, nicht mit dem Willen und im Namen des Eigenthümers ſelbſt, die Sache im Beſitze hat[a]); 2) bei perſönlichen Klagen mit dem Tage, an welchem die Obligatio dergeſtalt begründet iſt, daß gegen den Erfüllung weigernden Schuldner ſofort geklagt werden kann (quando dies venit), ohne daß wirklich eine Weigerung oder eine Mahnung zur Erfüllung ſtattgefunden zu haben braucht. So lange die Klage auf Erfüllung rechtlich noch unſtatthaft iſt, z. B. wegen einer Zeitbeſtimmung oder gar einer noch unerfüllten Bedingung oder wegen Mangels andrer rechtlicher Vorausſetzungen, kann auch die Verjährung derſelben nicht beginnen.[b]) Daher verjährt die Klage auf wiederkehrende Leiſtungen, z. B. jährliche Renten, Zinſen, für jede einzelne Leiſtung insbeſondere erſt von dem Tage ihrer Fälligkeit an.[c]) Nach beſonderer ſehr angemeſſener Vorſchrift jedoch iſt, wenn die Hauptſchuld verjährt iſt, auch in Anſehung aller rückſtändigen Zinſen die Klage durch Verjährung ausgeſchloſſen.[d]) Die Klage auf alle künftigen Renten aber kann verjähren, wenn das Recht ſelbſt im Ganzen widerſprochen worden iſt und der Berechtigte dennoch es geltend zu machen unterlaſſen hat.

Anm. Den Anfangspunkt der Verjährung bezeichnen die Geſetze durch die Worte: *ex quo actiones competere iure coeperunt,* oder *ex quo ab initio competit et semel nata est actio,* oder *ex quo possint movere actiones,* u. dgl. L. 3. 7. §. 1. Cod. h. t. 7. 39. L. 1. §. 1. Cod. h. t.

---

a) L. 9. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. 7. §. 2. 6. in f. L. 8. §. 1. Cod. h. t. b) L. 8. §. 4. Cod. h. t. cf. L. 4. pr. D. de tut. act. 27. 3. L. 9. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. c) L. 7. §. 6. Cod. l. c. d) L. 26. pr. Cod. de usuris. 4. 32. cf. L. 8. §. 4. Cod. h. t.

7. 40. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12.; für persönliche Klagen insbesondere wird auf das exordium obligationis als regelmäßigen Anfangspunkt hingewiesen, L. 7. §. 6. Cod h. t. 7. 39., womit auch übereinstimmen L. 1. §. 22. D. depositi. 16. 3. L. 18. D. de fideiuss. 46. 1. L. 94. §. 1. D. de solut. 46. 3. Sin autem nummos alienos credam, aut solvam, confestim pro mea parte nascetur et actio et liberatio. Im Einzelnen ist vieles streitig, z. B. inwiefern die Verjährung der Klage trotz einer entgegenstehenden Exceptio, namentlich der exceptio non impleti contractus, beginnen könne? Sav. S. 289—291; sodann, wann die Verjährung der Klage auf Rückgabe beim Depositum oder Commodatum, und insbesondere beim Darlehen, dem verzinslichen oder unverzinslichen, auf Kündigung oder mit Kündigungsfrist, beginne? Thon, über die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Forderung in Linde's Ztschr. VIII. 1. Sav. S. 291—299. Vgl. L. 94. §. 1. cit. L. 1. §. 22. cit. Est autem .... scriptum, eum, qui deposuit, statim posse depositi agere, hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. L. 8. §. 4. Cod. h. t. Exceptionem etiam 30 vel 40 annorum in illis contractibus, in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit, d. h. von der letzten Zinszahlung an? oder (nach Sav.): von dem Tage an, wo zuerst eine Zinszahlung ausblieb? — Ueber die Regel: Actioni nondum natae toties praescribi, quoties nativitas est in potestate debitoris, s. Unterholzner II. S. 317. Dagegen Thon a. a. O. S. 2. fgg.

§. 108.

bb) Ablauf der Verjährungszeit.

Die Verjährungszeit ist vollendet mit dem Ablauf des letzten Kalendertages derselben, [a]) wobei als erster Tag derjenige zu rechnen ist, an welchem zuerst geklagt werden konnte (§. 89.). Die Dauer der Verjährungszeit aber ist regelmäßig ein Zeitraum (tempus continuum) von dreißig Jahren. [b]) Davon gibt es jedoch viele Ausnahmen, indem verschiedene Klagen theils erst in längerer, [1]) theils schon in kürzerer Frist [2]) verjähren (§. 106.).

Anm. 1) Eine längere Verjährungszeit und zwar eine vierzigjährige gilt a) für die Pfandklage unter gewissen Voraussetzungen. L. 7. Cod. h. t. b) für diejenigen Klagen der Kirchen und milden Stiftungen, welche der Regel nach in 10, 20 oder 30 Jahren erlöschen würden. nov. 111. 131. cap. 6. cf. L. 23. Cod. de ss. eccles. 1. 2. nov.

---

a) L. 6. D. de O. et. A. 44. 7. b) L. 3. Cod. h. t.

9.; „Sola Romana ecclesia gaudente centum annorum spatio vel privilegio“, Auth. *quas actiones* ad L. 23. Cod. cit. can. 17. C. 16. qu. 3., cap. 13. 14. X. de praescriptionibus. 2. 26. cf. can. 2. C. 16. qu. 4., nicht auch für die Klagen der Städte, nov. 111. cf. L. 23. Cod. cit.; auch nicht Klagen des Fiscus, L. 6. Cod. de iure fisci. 10. 1. L. 6. §. 1. D. de jure fisci. 49. 14. L. 6. Cod. de fundis rei priv. 11. 65. ausgenommen die nicht mehr praktische Vindication von Patrimonialgrundstücken. L. 14. Cod. de fundis patrimon. 11. 61. — Die Rückforderung gezahlter ungesetzlicher Spielschulden sollte erst in 50 Jahren erlöschen. Cod. de aleatoribus. 3. 43.; aber dieß Gesetz ist eine lex restituta. §. 2. Anm. 4.

2) Eine kürzere Verjährungszeit besteht a) für die Klagen aus fiscalischen Rechten, und zwar der Regel nach eine Zeit von 20 Jahren, L. 13. pr. D. de div. temp. 44. 3. L. 2. §. 1. — L. 4. D. de requir. damn. 48. 17. L. 1. §. 3. D. de iure fisci 49. 14., rücksichtlich des Anspruchs auf erbloses Vermögen nur von 4 Jahren. L. 1. Cod. de quadr. praescr. 7. 37., rücksichtlich der commissa von 5 Jahren, L. 2. Cod. de vectig. 4. 61. b) für den Streit über die Rechtsfähigkeit eines Verstorbenen, eine fünfjährige, vom Tode an gerechnet, Dig. ne de statu defunctorum post quiquennium quaeratur. 40. 15. Cod. 7. 21. c) für Popularklagen, L. 8. D. de pop. act. 47. 23., und, der Regel nach, für die prätorischen Strafklagen ein annus utilis; jedoch ist die actio furti manifesti perpetua, „merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.“ Gai. IV. 111., pr. J. h. t. Vgl. auch L. 7. §. 6. D. nautae caup. 4. 9. L. 5. §. 5. D. de effusis. 9. 3. L. 13. pr. D. de servo corr. 11. 3. L. 18. D. depos. 16. 3. Dagegen waren auch mehrere uneigentliche (einseitige) prätorische Strafklagen, ausgenommen de eo quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, auf ein Jahr eingeschränkt, namentlich die actio doli, für welche jedoch Constantin ein biennium continuum festgesetzt hat, L. 8. Cod. de dolo. 2. 21., sodann einige Interdicte, L. 1. pr. D. de vi. 43. 16. L. 1. pr. D. uti poss. 43. 17. L. 4. D. de interd. 43. 1. Von allen, wie Sav. S. 353. annimmt, läßt es sich nicht behaupten, während andererseits gewiß ist, daß selbst einzelne Klagen, die nicht ex delicto entstanden, nur annales waren. L. 2. Cod. de const. pec. 4. 18. vgl. L. 35. pr. D. de . et A. In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum . . . . Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, ut quum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. Sed quum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur. P. §. 99. not. ff. — Falsch ist übrigens der Grund, welcher im pr. J. l. c. angegeben wird: nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium. Arndts in Linde's Ztschr. XIV. S. 2. d) für verschiedene andere Klagen, die

gelegentlich zu erwähnen sind. Eine Zusammenstellung s. bei Göschen Civilrt. I. §. 150.

§. 109.

cc) Bona Fides?

Nach römischem Recht ist die Verjährung der Klage in keinem Falle durch den guten Glauben Desjenigen, dem sie zum Vortheil gereicht, bedingt. Nach canonischem Recht aber kann sich der Beklagte durch die Einrede der Verjährung nicht im Besitze einer Sache oder eines Rechts erhalten, wenn erwiesen wird, daß er, beziehungsweise sein Vorgänger, nicht die ganze Verjährungszeit hindurch in gutem Glauben im Besitze gewesen sey, während bei Schuldklagen, die auf eine andere Leistung, als auf Restitution widerrechtlich vorenthaltenen Besitzes gehen, auf den guten Glauben des Beklagten nichts ankommt.

Anm. Die Regel des römischen Rechts, welches nur zur Ersitzung, nicht zur Verjährung der Klage, und nur im Anfange des Besitzes bona fides erfordert, L. 8. §. 1. Cod. h. t., ist noch anerkannt in can. 15. C. 16. qu. 3. Allein cap. 5. X. de praescript. 2. 26. (Alexander III) sagt: Vigilanti studio cavendum est, ne malae fidei possessores simus in praediis alienis; quoniam nulla antiqua dierum possessio iuvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se noverit aliena possidere: cum bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator solum propter vitandam miserorum segnitiem et longi temporis errorem et confusionem, primus tricennali vel quadragenali praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitis quam latentibus placuit non habere vigorem. Sodann cap. 20. X. eod. (Innocent. III) Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica quam civilis: cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae. cf. cap. 3. de R. J. in 6to. Sine possessione praescriptio non procedit. — Ueber die Entstehung obiger Decretalen und deren Bedeutung vgl. Hildenbrand de bona fide rei propriae debitori ad temporis praescriptionem haud necessaria. Monachii 1843. (angezeigt in krit. Jahrb. VII. S. 561—563). — Es gibt vier Hauptmeinungen: a) Die Neuerung des canonischen Rechts beschränkt sich nur auf die Ersitzung. Kierulff S. 206—209. Seuffert Erörtr. I. S. 134. fgg. b) Sie bezieht sich auf jede Verjährung, also auch auf jeden Fall der Klagenverjährung. Thibaut Besitz und Verjährung S. 82. 106. über-

einstimmend mit den meisten ältern Praktikern. c) Sie erstreckt sich außer der Ersitzung nur auf die Verjährung der Eigenthumsklage oder der in rem actiones überhaupt. P. §. 90. not. aa. d) Sie betrifft die Klagenverjährung in dem im §. bezeichneten Umfange. Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. Erlangen 1820. §§. 19—31. Unterholzner I. §. 92. Sav. §. 244—246. Vgl. Hildenbrand l. c. — Die Praxis ist noch schwankend, jedoch gegen b). Seuffert's Arch. I. 6. 210. 403. II. 320.

§. 110.

γ) Hinderungen der Verjährung.

Die Verjährung der Klage wird 1) in ihrem Ablauf aufgehalten a) durch Unmündigkeit des Klagberechtigten [a]), b) durch Minderjährigkeit desselben, wenn die Verjährungszeit nicht dreißig Jahre ausmacht [b]), c) durch gewisse rechtliche Hindernisse, welche zeitweise der Anstellung der Klage im Wege stehen [c]) (agere non valenti non currit praescriptio), d) durch einige factische Hindernisse der Klaganstellung, insbesondere Kriegsereignisse. [d]) In diesen Fällen beginnt die Verjährung nicht oder die begonnene steht still (praescriptio dormiens), so lange das Hinderniß besteht. Unwissenheit des Klagberechtigten hindert die Verjährung nicht [e]), ausgenommen sofern sie unter Umständen bei der Berechnung des tempus utile der Temporalklagen in Betracht kommen kann. [f]) Die Verjährung wird 2) unterbrochen, so daß die schon abgelaufene Zeit nichts mehr gilt und nur eine neue Verjährungszeit wieder anfangen kann: a) durch Anstellung der Klage [g]), (auch [h]) durch Erhebung derselben bei einem erwählten Schiedsrichter). Für die angestellte,

a) L. 3. Cod. h. t. cf. nov. 22. cap. 24. in f. b) L. 5. Cod. in quib. caus. i. i. r. n. n. e. 2. 41. c) §. 29. J. de rer. div. 2. 1. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. L. 1. §. 2. Cod. h. t. 7. 40. L. 22. §. 11. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 8. in f. Cod. qui bon. ced. 7. 71. d) cap. 10. X. h. t. 2. 26. cf. cap. 14. 15. eodem. can. 10. C. 16. qu. 3. e) L. 3. h. t. cf. L. 12. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. f) L. 15. §. 4. D. quod vi. 43. 24. L. 6. D. de calumniat. 3. 6. L. 55. D. de aed. ed. 21. 1. cf. L. 19. §. 6. ibid. L. 8. Cod. de dolo. 2. 21. (§. 90.). g) L. 3. 7. pr. §. 5. Cod. h. t. 7. 39. L. 3. Cod. h. t. 7. 40. L. 5. Cod. de duob. reis. 8. 40. cf. L. 139. pr. D. de R. J. L. 9. §. 3. D. de iureiur. 12. 2. L. 8. in f. D. de fideiuss. tut. 27. 7. h) L. 5. §. 1. Cod. de rec. arb. 2. 56.

aber nicht durchgeführte Klage tritt eine neue Verjährung von 40 Jahren ein, von der letzten Proceßhandlung an gerechnet.[i]) b) durch Verwahrung (Protestation) bei der Obrigkeit oder auch außergerichtlich unter Zuziehung von drei Zeugen, unter Umständen, wo die wirkliche Anstellung der Klage nicht thunlich ist.[k]) c) durch jede Anerkennung des klagbaren Rechtsanspruchs von Seiten des Beklagten, z. B. Abschlagzahlung, Pfandbestellung u. dgl.,[l]) insbesondere auch durch Zinszahlung.[m]) d) durch Wegfall der die Klage veranlassenden Verletzung, also bei Klagen gegen den Besitzer durch Verlust des Besitzes oder Uebergang desselben auf einen Andern, der nicht Rechtsnachfolger des bisherigen Besitzers ist.[n])

Anm. Ueber die sog. Verjährung der Litispendenz (not. i.) vgl. Linde in dessen Ztschr. II. 5. 6. — In Betreff der prätorischen Temporalklagen kommt im römischen Recht noch eine jetzt unpraktische Unterbrechung der Verjährung per libellum principi oblatum vor. L. 2. Cod. quando libellus principi datus litis contestationem faciat. 1. 20. — Die Frage, ob bei der Verjährung der Klagen gegen Besitzer auch accessio possessionis stattfinde (not. n.) wird verneint z. B. von Kierulff S. 200. Dagegen Sav. S. 362—364.

§. 111.

δ) Wirkung der Klagenverjährung.

Die Verjährung der Klage erzeugt eine Einrede zum Schutze des Beklagten, praescriptio oder exceptio temporis, auch temporalis exceptio, insbesondere 30 vel 40 annorum praescriptio, oder sogenannte longissimi temporis praescriptio, beziehungsweise annalis oder annua exceptio. Das Recht selbst, welches der Klage zum Grunde liegt, wird dadurch unmittelbar nicht aufgehoben. Unbestritten ist dieß bei dinglichen Klagen, sofern keine Ersitzung hinzukommt. Sehr streitig aber ist die Frage, ob die Einrede der Verjährung gegen eine persönliche Klage die dieser zum Grunde liegende Obligatio gänzlich unwirksam mache, oder die Wirkungen einer naturalis obligatio bestehen lasse? eine Frage, die

i) L. 9. Cod. h. t. 7. 39. L. 1. §. 1. Cod. h. t. 7. 40. cf. L. un. §. 1. in f. Theod. Cod. h. t. k) L. 2. Cod. h. t. 7. 40. l) L. 7. §. 5. Cod. h. t. 7. 39. L. 5. Cod. de duob. reis. 8. 40. m) L. 8. §. 4. Cod. h. t. 7. 39. n) L. 7. §. 1. L. 8. §. 1. Cod. h. t. 7. 39. L. 14. Cod. de fund. patrimon. 11. 61.

in die Lehre von der Aufhebung der Obligationen gehört. Damit hängt zum Theil auch die Frage zusammen, welchen Einfluß die Verjährung auf Einreden habe, welche sonst an sich, ihrer Natur nach, der Verjährung nicht unterworfen sind, da ihr Vorbringen, durch die Anstellung der Klage bedingt, nicht von dem Berechtigten abhängt.

Anm. L. 5. §. 6. D. de doli exc. 44. 4. Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; nam haec perpetuo competit; quum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur. — **Verjährbarkeit der Einreden, wo aus demselben Grunde zugleich eine Klage zusteht** (Tant dure l'action, tant dure l'exception), **behaupten u. A. Sommer,** rechtswissenschaftliche Abh. Gießen 1818. S. 1—56. **Unterholzner** II. §§. 156—160. **Sint.** §. 32. not. 39. **Dagegen:** „quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua", Sav. §§. 253—255. P. §. 95. not. b) und Vorles. I. S. 199. Seuffert's Arch. I. 159. — **Nicht hieher gehört es, daß Einreden durch Verspätung des Vorbringens im Proceß verloren gehen können.**

§. 112.

5) Uebertragung der Klagen auf Andre.

Klagen können, activ und passiv, durch Vererbung auf einen Andern übergehen (§. 104.). Aber es können auch einzelne Klagrechte einem Andern übertragen werden, indem der eigentlich Klagberechtigte diesen ermächtigt, an seiner Statt die Klage anzustellen, und zugleich demselben gestattet, dasjenige, was er dadurch erstreitet, für sich zu behalten und darüber als über das Seinige zu verfügen. Dieß ist Cession der Klage, cedere actionem oder actione, gleichbedeutend mit mandare actionem. [a]) Der Uebernehmer (Cessionar) kann in Folge dessen als Stellvertreter des Klagberechtigten (des Cedenten) die Klage erheben, aber zu eigenem Vortheile, d. i. als procurator in rem suam. [b]) Die Cession ist sowohl bei dinglichen als bei persönlichen Klagen möglich, [c]) sofern nur der Erfolg

---

a) L. 3. §. 5. D. de in rem verso. 15. 3. L. 1. §. 16. D. si quadrup. 9. 1. b) L. 2. §. 5. D. fam. erc. 10. 2. L. 8. §. 10. D. mand. 17. 1. L. 34. 55. D. de procurat. 3. 3. L. 13. §. 1. D. de pactis. 2. 14. L. 24. pr. D. de minor. 4. 4. c) L. 21. D. de rei vind. 6. 1. L. 14. pr. D. de furtis. 47. 2.

derselben übertragbar ist. Sie ist aber vorzüglich für persönliche Klagen wichtig, und wird daher in der Lehre von den Obligationen näher erörtert werden. Andrerseits kann auch Jemand eine Klage für den eigentlichen Beklagten als procurator in rem suam aufnehmen, d. h. in der Weise an dessen Stelle treten, daß er für ihn auch der möglichen Verurtheilung persönlich sich unterwirft und zur Erfüllung der daraus hervorgehenden Verpflichtungen sich anheischig macht. [d]) Doch wird dadurch dem Berechtigten nur, sofern er darin einwilligt, die Möglichkeit, den wahren Gegner selbst in Anspruch zu nehmen, benommen. [e])

§. 113.

B. Von dem Streitverhältniß unter den Parteien.

Durch den wirklichen Beginn des Rechtsstreites entsteht ein neues vertragähnliches Verhältniß unter denjenigen, die sich nun als streitende Theile gegenüberstehen. Indem sie dem endlichen Ergebniß dieses Rechtsstreites sich zu unterwerfen haben, hängt nun für sie von dessen Ausgang die Gestaltung des streitigen Rechtsverhältnisses ab. Während der Beklagte verlangen kann, daß er wegen desselben Anspruches nicht in mehrere Processe verwickelt werde, muß er seinerseits dem Kläger auch gerecht werden, so wie dessen Anspruch in diesem Verfahren als begründet erkannt wird. Von der durch den Rechtsstreit verursachten Zögerung soll er keinen Vortheil ziehen, vielmehr die Möglichkeit eines dem Gegner günstigen Urtheils vorsehend, schon im voraus darauf Bedacht nehmen, daß demselben durch jene Zögerung kein Nachtheil entstehe; er ist insofern schuldig, diesem zu erstatten, was ihm in Folge derselben entgeht. Hieraus ergeben sich oder stehen doch mehr oder weniger damit in Verbindung verschiedene Wirkungen, welche der begonnene Proceß rücksichtlich des in Streit befangenen Rechtsverhältnisses hervorbringt. Der Moment des Verfahrens, mit welchem nach römischem Recht diese Wirkungen regelmäßig eintreten, ist die Litiscontestatio, d. i. diejenige Parteiverhandlung vor Gericht, wodurch zuerst der Beklagte auf das Vorbringen des Klägers in

---

d) L. 4. pr. D. de re iud. 42. 1. L. 66. §. 2. D. de eviction. 21. 2. L. 42. §. 2. D. de procurat. 3. 3. e) L. 29. D. l. c.

solcher Weise sich erklärt, daß daraus die Nothwendigkeit richterlicher Entscheidung, also Daseyn und Inhalt des Rechtsstreites sich ergibt. Indessen sind schon nach römischem Recht mehrere von jenen Wirkungen auf die Anstellung der Klage und deren Mittheilung (Insinuation) an den Beklagten übertragen; nach heutigem Recht aber, in welchem der Begriff der Litiscontestation bedeutend modificirt worden ist, erscheint jener Zeitpunkt als der geeignete Moment, mit welchem die meisten der fraglichen Wirkungen zu verbinden sind.

Anm. 1) Ueber diese Lehre, in welcher fast alle einzelnen Punkte streitig sind, hat uns die neueste Zeit, nach Entdeckung der hiefür besonders wichtigen Institutionen des Gaius, mehrere treffliche Arbeiten geliefert: Keller, über Litiscontestation und Urtheil nach classischem R. Rt. Zürich 1827. — Wächter, Erörtr. Heft III. (1846.) — Buchka, die Lehre von dem Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß, 2 Thle. Rostock 1846. 47. — Savigny, System §. 256—279. Bd. VI. S. 1—256. (1846.) — Vgl. auch Sintenis, Erläutr. zu verschiedenen Lehren des Civilproc. I. S. 90—210, und Roßhirt, zur Lehre von den Wirkungen des Processes auf das materielle Recht. Heidelberg 1848.

2) Nach dem älteren römischen Verfahren war die Litiscontestatio ein besonderer, ursprünglich mit Anrufung von Zeugen verbundener Act, welcher den Schluß der den Rechtsstreit einleitenden Verhandlungen vor dem Magistratus (in iure) bildete, wonach die Sache in das nun constituirte Judicium (im engern Sinne) überging (Lis contestata, iudicium acceptum). In extraordinariis iudiciis, und so denn nach späterem Recht in allen Fällen, vertrat deren Stelle die im Text bezeichnete erste Parteiverhandlung vor dem Richter. L. un. Cod. de litis contest. 3. 9. Lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit. L. 14. §. 1. Cod. de iud. 3. 1. Cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam. Keller §. 1—6. Sav. §. 257. 258. Im heutigen gemeinen Proceß versteht man unter L. C. (Kriegsbefestigung, Einlassung) die Erklärung des Beklagten auf die zur Begründung der Klage angeführten Thatsachen. Sav. §. 259. Wächter S. 74—84.

3) Nach älterem R. Rt wurde durch die L. C. das bisherige Klagrecht zerstört (consumirt), bald ipso iure (nämlich persönliche Klagen in legitimis iudiciis mit formula in ius concepta), bald per exceptionem rei in litem deductae, so daß nun dieselbe Klage nicht mehr wirksam angestellt werden konnte, der Kläger also schlechthin auf den Erfolg dieses Rechtsstreites angewiesen war. Apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere

oportere. Gai. III. 180. 181. IV. 104—109. Im spätern Rechte fiel das erste, wegen Mangels der erforderlichen Voraussetzungen, von selbst weg; aber auch die genannte Exceptio ist im Justinianischen Recht stillschweigend beseitigt, während verschiedene Consequenzen des alten Grundsatzes ausdrücklich aufgehoben wurden. Uebrigens wird die contractähnliche Natur der L. C. auch im Justinianischen Recht noch anerkannt. L. 3. §. 11. D. de peculio. 15. 1. L. 22. D. de tut. et rat. 27. 3. Auch kann nach heutigem Recht jedenfalls der Beklagte, gegen den ein Rechtsstreit bereits anhängig ist, die gleichzeitige Erhebung eines andern Rechtsstreites wegen desselben Anspruchs durch eine Einrede abwehren, die man die Einrede der Litispendenz nennt. Buchka II. S. 107—146.

4) Ein materieller Einfluß der L. C., beziehungsweise der Insinuation der Klage, zeigt sich nach Justinianischem Recht in folgenden Punkten:

a) Der Zeitpunkt der L. C. kommt zunächst in Betracht bei der Frage nach der Existenz des der Klage zum Grunde liegenden Rechts. Spätere Entstehung desselben hilft dem Kläger nicht zum Siege in diesem Proceß. L. 23. 35. D. de iud. 5. 1. cf. L. 11. §. 4. 5. D. de exc. rei iud. 44. 2., L. 7. §. 7. D. ad exhib. 10. 4., L. 47. D. de solut. 46. 3. L. 37. pr. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. L. 34. pr. D. de min. 4. 4. (Nicht widersprechend L. 17. D. mand. 17. 1. Sav. S. 68.). Jedoch ist diese Regel modificirt durch cap. 3. de sent. in 6to. 2. 14. Auch bezieht sie sich nicht auf das Daseyn bloß factischer Voraussetzungen zur Verurtheilung des Beklagten. L. 30. pr. D. de peculio. 15. 1.

b) Der Beklagte ist schuldig, nicht nur herauszugeben, was er während des Rechtsstreites durch die Verzögerung der Befriedigung des Klägers gewinnt, sondern auch den versäumten Gewinn, so wie den eingetretenen Verlust zu ersetzen, sofern ihm in dieser Beziehung eine Schuld beizumessen ist; wer aber mit wissentlichem Unrecht (mala fide) dem Kläger seine Sache vorenthält, ist eben deßhalb schon in Schuld und haftet daher selbst für den zufälligen Schaden. Hierauf bezieht sich die (jedoch nach ihrem Wortlaut etwas zu weit greifende) Regel: ut post acceptum iudicium id actori praestetur (oder causa omnis restituenda sit, id est omne), quod habiturus esset actor, si statim litis contestatae tempore res ei reddita fuisset oder si controversia ei facta non esset. L. 40. pr. D. de her. pet. 5. 3. L. 17. §. 1. L. 20. D. de rei vind. 6. 1. L. 31. pr. D. de reb. cred. 12. 1. L. 35. 75. D. de V. S. In Verbindung damit steht die Regel: post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse (quinimo post motam controversiam). L. 25 §. 7. D. de her. pet. 5. 3., d. h. den redlichen Besitzer treffen von nun an gleiche Verpflichtungen, wie den unredlichen, L. 45. D. de rei vind. 6. 1. L. 22. Cod. eod. 3. 32., was jedoch nicht auch rücksichtlich der Haftung für den Zufall gilt: nec enim debet . . . propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere. L. 40. pr. vgl. L. 36. §. 4. D. de her. pet. 5. 3. Als der entschei-

dende Zeitpunkt dafür wird zunächst ebenfalls die L. C. angegeben; aber bei dem Erbschaftsstreite ist diese Wirkung ausdrücklich schon mit der Mittheilung der Klage verbunden. L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. D. l. c. (bestritten von Sav. S. 84—95; vgl. dagegen Arndts im Rtsler. V. S. 227. fg.), und dieß wird mit gutem Grund auch auf andere Fälle ausgedehnt. arg. L. 75. D. de V. S. L. 2. Cod. de fruct. 7. 51. §. 2. J. de off. iud. 4. 17. Vgl. Wächter S. 105—110. Buchka S. 69—75.

c) Mit der Regel unter b) hängt es zusammen, daß, wenn durch die Streitzögerung das der Klage zum Grunde liegende Recht verloren geht, nichtsdestoweniger Verurtheilung des Beklagten erfolgen kann. L. 17. in f. L. 18. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. §. 21. D. pro emt. 41. 4. L. 8. §. 4. 5. D. si serv. vind. 8. 5. L. 10. D. de usufr. accresc. 7. 2. cf. L. 35. in f. D. de V. S. Wächter S. 124—134. Zu weit geht Sav. §. 261. P. §. 96. not. k.

d) Nach gleichem Gesichtspunkte ist auch die fortdauernde Haftung des mit einer Noralklage Belangten, welcher später die Möglichkeit der noxae datio verliert, zu beurtheilen, die man mit Unrecht als unbedingte annimmt. L. 1. §. 13. 16. D. si quadrup. 9. 1. L. 37. 38. pr. D. de noxal. act. 9. 4.

e) Der Proceß unterbricht die Verjährung der Klage, wonach denn eine neue vierzigjährige Verjährung beginnen kann. Diese Wirkung ist nach Justinianischem Recht schon mit der Insinuation der Klage verbunden. L. 7. pr. §. 1. Cod. de 30 ann. praescr. 7. 39. L. 3. §. 1. Cod. de ann. exc. 7. 40. Doch wollen Manche bei allen, Andre wenigstens bei Temporalklagen sie erst mit der L. C. eintreten lassen. Unterholzner Verj. I. S. 444. V. §. 160. Nach Andern soll zwar die Unterbrechung der Verjährung schon früher, die Möglichkeit vierzigjähriger Verjährung (sog. Perpetuation der Klage) aber erst nach der L. C. eintreten. P. §. 96. not. f. g. Wieder Andere legen jene Wirkung schon dem Anbringen der Klage bei. Sint. §. 31. not. 52 — Dagegen Sav. V. §. 242. 243. Wächter S. 89 - 97.

f) Nach der L. C. gehen sonst unvererbliche Klagen activ und passiv auf die Erben über (§. 104). — Bei der Inofficiositätsquerel ist dazu schon der an den Tag gelegte Wille zur Anstellung hinreichend. — Die Klage wegen Landfriedensbruch soll, gemäß der KGO. II. 9. §. 6. RDA. von 1557. §. 22., schon nach der Insinuation unbedingt gegen die Erben gehen. Wächter S. 111—114. Sav. S. 250.

g) Wer, als vermeintlicher Besitzer belangt, den Kläger täuschend auf die Klage sich einläßt, als ob er wirklich besitze, qui liti se obtulit, haftet gleich einem wirklichen Besitzer. L. 45. D. de her. pet. 5. 3. L. 25—27. pr. D. de rei vind. 6. 1.

h) Nach der L. C. kann die Sache, welche Gegenstand des Streites ist, res litigiosa, nicht mehr veräußert, die Klage, actio litigiosa, nicht mehr cedirt werden; die Veräußerung oder Cession ist nichtig. Dig. de litigiosis. 44. 6. Cod. 8. 37. cf. fragm. de iure fisci. §. 8. L. un. Th.

Cod. de litigiosis. 4. 5. Nach nov. 112. cap. 1. aber tritt in Ansehung vindicirter Sachen das Veräußerungsverbot schon von der Mittheilung der Klage an in Wirksamkeit. Ausgenommen sind unfreiwillige Veräußerungen, sodann Veräußerung durch Vergleich, Erbtheilung, Vermächtniß und Bestellung einer Dos oder Donatio propter Nuptias. L. 13. D. fam. erc. 10. 2. L. 4. in f. Cod. de litig. 8. 37.

5) Bezüglich der Frage, welcher Proceßact nach heutigem Recht für die angegebenen materiellen Wirkungen der entscheidende sey, gibt es drei Hauptansichten: a) die eine hält sich, einzelne Modificationen abgerechnet, an die Vorschriften des R. Rechts, indem sie die heutige L. C. der römischen gleichstellt. Wächter S. 89. fg. b) die andere setzt allgemein, wenigstens rücksichtlich des materiellen Einflusses, welchen die Dauer des Rechtsstreites auf das streitige Rechtsverhältniß äußern mag, an die Stelle der römischen L. C. die Mittheilung der Klage an den Beklagten. Sav. S. 243. fg. c) die dritte betrachtet nach innern Gründen bald die Erhebung der Klage (für 4. e. und f.), bald, und zwar in den meisten Beziehungen, deren Mittheilung, bald (für 4. g.) die heutige L. C. als den entscheidenden Moment. Sintenis Erläutr. S. 145. fg. System §. 33. Dem Wesen des heutigen Verfahrens, in Verbindung mit den gesetzlichen Bestimmungen des römischen Rechts, entspricht am besten die zweite Meinung, jedoch mit Ausnahme des von Sav. auch nicht mitaufgeführten Punktes unter 4. g., wobei nach der Natur der Sache eine einläßliche Erklärung des Beklagten vorausgesetzt wird.

C. Vom Beweise. [a])

§. 114.

1) Gegenstand des Beweises. Beweislast.

Die richterliche Entscheidung über das streitige Rechtsverhältniß hängt von der Wahrheit der Thatsachen ab, auf welche sich das Begehren der einen und andern Partei gründet. Diese müssen daher bewiesen, d. h. dem Richter müssen genügende Gründe zu deren Fürwahrannahme gegeben werden. Gegenstand des Beweises sind eben nur Thatsachen (denn iura novit curia); und zwar erhebliche (relevante) Thatsachen, d. i. solche, auf die bei Entscheidung des Rechtsstreites etwas ankommt; und nur ungewisse Thatsachen, daher nicht notorische, d. i. so allgemein bekannte, daß keine Partei sie bestreiten

---

a) Dig. de probationibus et praesumtionibus. 22. 3. Cod. de probationibus. 4. 19. X. 2. 19. Clem. 2. 7.

kann,[b]) eben so wenig solche, deren Bestreitung vermöge einer Rechtsvorschrift unzulässig ist[c]) (für die eine sog. praesumtio iuris et de iure besteht), endlich auch diejenigen nicht, die unter den Parteien wirklich nicht streitig sind. Was nämlich eine Partei in der Proceßverhandlung selbst zu ihrem Nachtheil einräumt, es sey zunächst eine Thatsache oder unmittelbar ein Rechtsverhältniß, das gilt eben deßhalb als wahr,[d]) und wenn sie den Anspruch des Gegners vollständig einräumt, so ist dadurch der Streit selbst entschieden,[1]) sofern nicht das Geständniß etwa noch einer Anfechtung unterliegt.[e]) Weil aber dieses sonach mittelbar eine Verfügung über den Gegenstand des Streites enthält, so kann es nur wirksam seyn, wenn und soweit der Geständige darüber zu verfügen fähig und berechtigt ist.[f])

In Ansehung streitiger Thatsachen nun liegt die Nothwendigkeit des Beweises (Beweislast, onus probandi) derjenigen Partei ob, welcher daran gelegen ist, den Richter von deren Wahrheit zu überzeugen, weil davon eine ihr günstige Entscheidung abhängt. So hat zunächst der Kläger[g]) die, positiven oder negativen,[h]) Thatsachen zu beweisen, durch welche die Klage, sodann der Beklagte[i]) diejenigen, wodurch seine Exceptio begründet worden, u. s. w.[2]) Jedoch genügt es, die thatsächlichen Voraussetzungen der Entstehung des die Klage oder Einrede erzeugenden Verhältnisses zu beweisen, und zwar nach den regelmäßig dabei hervortretenden Momenten. Die Aenderung des einmal entstandenen Verhältnisses, also die Aufhebung des einmal erworbenen Rechts,[k]) oder das Daseyn besonderer Hindernisse, welche der regelmäßigen Wirkung der

---

b) cap. 3. X. de testib. 2. 21. c) cap. 30. X. de sponsal. 4. 1. d) Dig. de confessis. 42. 2. L. un. Cod. de confessis. 7. 59. cf. Dig. de interrogationibus in iure. 11. 1. e) L. 2. 7. D. h. t. 42. 2. L. 11. §. 8—16. D. de interrog. 11. 1. cap. 3. X. de confessis. 2. 18. f) L. 6. §. 4. 5. D. h. t. 42. 2. g) L. 2. 21. D. de probat. 22. 3. L. 2. 8. 15. 20. 23. Cod. h. t. 4. 19. h) L. 25. pr. D. h. t. 22. 3. L. 5. Cod. de codicillis. 6. 36. i) L. 9. 19. pr. L. 25. §. 2. D. h. t. L. 1. D. de except. 44. 4. L. 19. Cod. h. t. k) L. 12. 22. 25. §. 2. in f. D. h. t. L. 1. 16. Cod. h. t. L. 10. Cod. de pign. act. 4. 24.

erwiesenen Thatumstände entgegengestanden, [l]) muß von der Gegenpartei, die sich darauf beruft, bewiesen werden. [3]) Ebenso fällt auch sonst noch in verschiedenen Fällen der Gegenpartei der Beweis zur Last, weil eine Thatsache vermöge rechtlicher Vorschrift (praesumtio iuris) für wahr anzunehmen ist, so lange nicht das Gegentheil bewiesen wird; so namentlich der gute Glaube, [m]) die sog. naturalia negotii, [n]) u. a. Die bloße Wahrscheinlichkeit einer Thatsache aber (praesumtio hominis oder facti) befreit vom Beweise nicht. [o])

Anm. 1) L. 1. D. h. t. Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. L. 6. pr. §. 2. ibid. Certum confessus pro iudicato erit: incertum non erit. — Sed et si fundum vindicem meum esse, tuque confessus sis, perinde habearis atque si dominii mei fundum esse pronunciatum esset; . . . . et omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato haberi. L. 56. D. de re iud. 42. 1. Post rem iudicatam vel iureiurando decisam vel confessionem in iure factam nihil quaeritur post orationem D. Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur. cf. L. 25. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Notandum est, quod in hac actione, quae in confitentem datur (confessoria actio), iudex non rei iudicandae, sed aestimandae datur; nam nullae partes sunt iudicandi (*iudicantis?*) in confitentes. Vgl. Bethmann-Hollweg Versuche, Abh. IV. Sav. §. 302—308. Bd. VII. S. 1—47. — Ueber interrogationes in iure (Dig. 11. 1.) vgl. Sav. §. 305.

2) L. 2. D. h. t. 22. 3. Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. L. 21. ibid. Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit. L. 4. Cod. de edendo. 2. 1. Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit. — (Actore non probante reus absolvitur) — L. 23. Cod. h. t. 4. 19. Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. L. 15. D. de op. nov. nunc. 39. 1. . . . ut de iure suo probare necesse haberet, id enim esse petitoris partes sustinere. — L. 1. D. de except. 44. 1. Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est. L. 19. D. h. t. 22. 3. In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem, velut intentionem, implere. Vgl. Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse. Halle 1805. Ausgabe von Heffter 1832. Bethmann-Hollweg Versuche, Abh. V.

---

[l]) L. 5. 9. 17. D. h. t. L. 11. Cod. h. t. L. 5. Cod. de codicillis. 6. 36. cf. L. 13. §. 2. D. de publ. act. 6. 2. cap. 16. X. de praesumt. 2. 23. [m]) arg. L. 18. §. 1. D. h. t. [n]) L. 9. D. h. t. cf. L. 24. 25. ibid. [o]) L. 10. 17. 22. Cod. h. t. 4. 19.

3) Ueber den Beweis von Bedingungen vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 354. fg. Hasse im Rh. Mus. III. S. 134. fg. Puchta Vorles. I. §. 99. Götting in Linde's Ztschr. u. f. III. 5.

§. 115.

2) Beweisführung. Eid.

Die Lehre von der Art und Weise der Beweisführung und den Beweismitteln gehört dem Proceßrecht an. Unter diesen sind besonders wichtig Urkunden (documenta, instrumenta)[a]) und Zeugen (testes, [b]) auch instrumenta im w. S.), welche beide auch zur Form von Rechtsgeschäften gehören können (§. 64). Eine besondere zugleich civilrechtliche Bedeutung aber hat in dieser Beziehung der Eid (iusiurandum, iuramentum [c]), d. i. die feierliche Bekräftigung einer Erklärung unter Berufung auf einen heilig gehaltenen Gegenstand, [d]) nach christlichem Gebrauche unter Anrufung Gottes. Die Erklärung, welche durch den Eid bekräftigt wird, kann entweder in einer Zusage bestehen, oder in einer Aussage über Thatsachen oder Rechtsverhältnisse. Im ersten Fall nennt man den Eid iusiurandum promissorium, Versprechungseid (§. 93.), im andern Fall iusiurandum assertorium, Versicherungs- oder Bestätigungseid. Dieser nun kommt in Processen auf verschiedene Art zur Anwendung, um eine Entscheidung über streitige Punkte herbeizuführen. [e]) Es kann nämlich

1) eine Partei der andern den Eid zuschieben (iusiurandum deferre), d. h. ihr antragen, durch ihre eidliche Aussage selbst über das unter ihnen Streitige zu entscheiden. [f]) Sie muß alsdann, wenn nach ihrem Antrag der Eid geleistet wird, das Beschworne als wahr anerkennen, [g]) und solchergestalt kann denn über das streitige Rechtsverhältniß selbst durch Eid einer Partei entschieden werden, [h]) gleichwie durch Geständniß oder

[a]) Dig. de fide instrumentorum et amissione eorum. 22. 4. Cod. 4. 21. [b]) Dig. de testibus. 22. 5. Cod. 4. 20. [c]) Dig. de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. 12. 2. Cod. de reb. cred. et iureiurando. 4. 1. cf. X. de iureiurando. 2. 24. Sextus. 2. 11. Clem. 2. 9. [d]) L. 3. §. 4. — L. 5. pr. §. 1. 3. L. 33. D. h. t. [e]) L. 1. D. h. t. [f]) L. 2. 3. pr. D. h. t. L. 25. §. 3. D. de probat. 22. 3. [g]) L. 1. 2. Cod. h. t. L. 21. D. de dolo. 4. 3. [h]) L. 3. 7. et sqq. D. h. t. L. 8. Cod. h. t. L 56. de re iud. 42. 1.

Urtheil. [1]) Der Eidesantrag im Proceß hat aber andrerseits die Wirkung, daß die zum Eide aufgeforderte Partei als geständig des Gegentheils des von ihr zu Beschwörenden behandelt wird, wenn sie den Eid abzuleisten sich weigert. Doch kann sie auch, statt selbst zu schwören, den Eid zurückschieben, referre iusiurandum, d. h. der Gegenpartei überlassen, das Gegentheil zu beschwören, was alsdann diese nur mit gleichem Nachtheil verweigern kann. [i]) Erlassung des angenommenen Eides von Seiten des Deferenten oder Referenten ersetzt die wirkliche Ableistung. [k]) Demnach enthält die Zuschiebung oder Erlassung des Eides mittelbar eine Verfügung über den Gegenstand des Streites, und setzt daher die Fähigkeit und Berechtigung zu solcher Verfügung voraus. [l])

2) Ist ein Beweis unvollständig geführt, so kann nach Umständen der Richter der beweisführenden Partei oder der Gegenpartei auferlegen, denselben durch ihren Eid zu ergänzen (iusiurandum suppletorium), beziehungsweise zu entkräften (iusiurandum purgatorium). [m]) Diese Eide sind rein processualischer Natur.

3) Häufig wird dem Kläger gestattet, den Betrag des vom Beklagten zu leistenden Schadensersatzes durch eidliche Angabe selbst zu bestimmen. Ein solcher Schätzungs- oder Würderungseid, iusiurandum in litem, [n]) findet vorzugsweise [2]) bei Klagen auf Restitution oder Exhibition, [o]) und zwar wegen Ungehorsams (contumacia) oder erwiesener grober Schuld (dolus und lata culpa) des Beklagten, [p]) statt, wenn nicht die Größe

---

i) L. 34. §. 6—9. L. 38. D. h. t. L. 25. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. cf. L. 34. §. 4. L. 37. D. h. t. k) L. 6. 9. §. 1. L. 41. D. h. t. L. 1. 8. Cod. h. t. l) L 9. §. 4. 5. L. 17. §. 1. L. 22. L. 32. 34. §. 1. L. 35. pr. §. 1. D. h. t. L. 4. Cod. h. t. cf. L. 9. §. 6. L. 23—26. §. 1. L. 42. pr. §. 2. D. h. t. m) L. 1. 31. D. h. t. L. 3. 12. pr. Cod. h. t. cap 36. §. 1. X. h. t. n) Dig. de in litem iurando. 12. 3. Cod. 5. 53. o) L. 2. §. 1. L. 5. pr. L. 8. D. h. t. L. 18. pr. §. 1. D. de dolo. 4. 3. L. 68. D. de rei vind. 6. 1. L. 7. D. si serv. vind. 8. 5. L. 3. §. 2. D. ad. exhib. 10. 4. L. 16. §. 3. D. de pign. 20. 1. L. 25. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. L. 48. §. 1. D. locati. 19. 2. L. 1. §. 26. D. depositi. 16. 3. L. 3. §. 2. D. commod. 13. 6. p) L. 2. §. 1. L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. D. h. t. L. 1. 2. 4. Cod. h. t. L. 15. §. 9—11. D. quod vi. 43. 24.

des Schadens ohnehin gewiß ist; [q]) sonst nur im Nothfall, wo der Werth auf andre Art nicht zu ermitteln ist. [r]) Der Richter ist es, welcher diesen Eid deferirt, und dieser kann denn auch nach Umständen entweder vorher ein höchstes Maß der Schätzung festsetzen, welches der Schwörende nicht überschreiten soll (iusiurandum in litem cum taxatione delatum), oder, wenn der Eid ohne solche Beschränkung gestattet worden, [3]) nachher die offenbar übermäßige Schätzung herabsetzen. [s]) Ein besonderer Fall des Schätzungseides ist das sog. iusiurandum Zenonianum, [t]) zu Bestimmung des Schadens, den man bei gewaltsamer Besitzentsetzung erlitten, welches aber nur in Ermanglung andrer Beweise und immer mit vorhergehender richterlicher Schätzung (cum taxatione) gestattet seyn soll. [4])

Anm. 1) L. 2. D. h. t. Iusiurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res iudicata. vgl. §. 114. Anm. 1. — L. 3. pr. D. h. t. Ait praetor: *Si is, cum quo agetur, conditione delata iuraverit,* L. 7. pr. ibid.: Ait praetor: *eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* L. 9. §. 1. Iureiurando dato vel remisso, reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque; actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an iuraverit, *dari sibi oportere,* vel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit. — L. 13. §. 1. D. h. t. Iulianus ait, eum, qui iuravit, *fundum suum esse,* post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere. L. 8. Cod. h. t. Actori delato vel relato iureiurando, si iuraverit vel ei remissum sit sacramentum, ad similitudinem iudicati in factum actio competit. Sav. §. 309—314. Bd. VII. S. 47—90.

2) L. 2. §. 1. D. h. t. Interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur; cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor. L. 5. pr. ibid. In actionibus in rem et in ad exhibendum in litem iuratur. §. 1. Sed iudex praefinire potest certam summam, usque ad quam iuretur, licuit enim et a primo non deferre. §. 2. Item et si iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere vel minoris condemnare. §. 3. Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur, non etiam ob culpam; haec enim iudex

---

q) L. 3. D. h. t. r) L. 5. §. 4. L. 6. 9. D. h. t. cf. L. 5. pr. D. depos. 16. 3. L. 4. Cod. de act. emti. 4. 49. s) L. 4. §. 1 — 3. L. 5. §. 1. 2. D. h. t. cf. L. 18. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 3. §. 2. D. ad exhib. 10. 4. L. 68. D. de rei vind. 6. 1. t) L. 9. Cod. unde vi. 8. 4. (Imp. Zeno A. Sebastiano p. p.).

aestimat. §. 4. Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est: veluti, si promissor Stichi moram fecerit et Stichus decesserit; quia iudex aestimare, sine relatione iurisiurandi, non potest rem, quae non extat. L. 6. ibid. Alias si ex stipulatu vel ex testamento agatur, non solet in litem iurari. L. 68. D. de rei vind. Qui restituere iussus iudici non paret, contendens non posse restituere . . . si quidem dolo fecit, quominus possit, in quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit, quo minus possit: non pluris quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet. — Das eigentliche Gebiet des Schätzungseides waren hiernach die arbitrariae actiones, und bonae fidei actiones, sofern sie auf ein restituere gingen und daher zugleich arbitrariae waren. (Gai. IV. 47.). Vgl. Schröter in seiner und Linde's Ztschr. VII. 11. Sav. V. §. 221. 222. Nach heutigem Recht kommt aber darauf, ob die Klage stricti iuris ist, nichts mehr an. Sav. V. S. 141. 145.

3) In diesem Fall heißt es: iurare autem in infinitum, sine ulla taxatione, licet. L. 4. §. 2. D. h. t. L. 68. cit. Mit Unrecht hat man darnach ein iusiurandum in litem affectionis angenommen, unterschieden von einem sog. iusiurandum in litem veritatis. Vgl. dagegen Schröter S. 395. fg. V. §. 171. Natürlich aber ist der Schätzungseid dem Schwörenden regelmäßig vortheilhafter als die richterliche Schätzung. L. 18. D. h. t. L. 2. Cod. h. t.

4) Keine Besonderheit dieses Eides ist es, daß dadurch auch die Existenz des Schadens, nicht bloß dessen Größe, bewiesen werden könne. arg. L. 10. D. h. t.

§. 116.

D. Vom Urtheil. [1])

Das richterliche Urtheil soll den Streit beendigen. Daher die Regel: Was durch rechtskräftiges Urtheil über die streitigen Rechte der Parteien ausgesprochen ist, gilt als wahr; das Urtheil begründet formelles Recht. [2]) Ist durch dasselbe der Beklagte zu einer Leistung verurtheilt, so ist dadurch das Recht des Klägers auf Erfüllung eben dieser Leistung festgestellt, und er kann diese nun durch eine bloß auf das Urtheil sich gründende Klage (actio iudicati) erwirken. [a]) Jedes rechtskräftige Urtheil

a) Dig. de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus. 42. 1. Cod. de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum. 7. 45. de re iudicata. 7. 52. de executione rei iudicatae. 7. 53. de usuris rei iudicatae. 7. 54.

aber, es sey zu Gunsten des Beklagten oder des Klägers, freisprechend oder verurtheilend, begründet für die eine und die andre Partei, zur Sicherung gegen jede spätere von der Gegenpartei ausgehende Anfechtung der durch jenes entschiedenen und anerkannten Verhältnisse, die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung,[3]) exceptio rei iudicatae,[b]) nach Umständen replicatio[c]) oder duplicatio, wodurch also jeder dem Inhalt der frühern Entscheidung widerstreitende Anspruch[4]) zurückgewiesen werden kann.[d]) Diese Rechtskraft des Urtheils wirkt aber nur für und gegen dieselben Parteien[e]) und deren Rechtsnachfolger[f]) oder überhaupt Diejenigen, welche ihr Recht von dem Recht einer Partei ableiten, nachdem über dieses bereits das rechtskräftige Urtheil ergangen war.[g]) Nur ausnahmsweise und in bestimmten Fällen[h]) erstreckt sich jene Wirkung auch auf andre Personen, welche weder bei dem entschiedenen Rechtsstreit als Partei betheiligt waren, noch in jenes Verhältniß zu einer Partei eingetreten sind.

Anm. 1) Vgl. hierüber die §. 113. Anm. 1. angeführten Schriften von Keller, Wächter und Buchka, sodann vorzüglich Sav. §. 280—301. Bd. VI. S. 257—535.

2) L. 1. D. de re iud. 42. 1. Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit. — L. 6. D. except. rei iud. 44. 2. Singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem suffi-

---

b) Dig. de exceptione rei iudicatae. 44. 2. c) L. 24. D. l. c. d) L. 3. 7. 8. 26. pr. §. 1. L. 30. D. l. c. cf. L. 11. §. 6. L 14. §. 3. L. 31. ibid. — L. 11. §. 4. 5. L. 25. pr. ibid. L. 12. §. 2. D. ad exhib. 10. 4. — L. 9. pr. L. 17. 18. D. h. t. L. 8. pr. D. ratam rem. 46. 8. e) Cod. quibus res iudicata non nocet. 7. 56. inter alios acta vel iudicata aliis non nocere. 7. 60. cf. L. 4. 11. §. 7. L. 25. §. 2. D. l. c. L. 27. 40. §. 2. L. 66. D. de procuratoribus. 3. 3. f) L. 9. §. 2. L. 11. §. 3. 8. 9. L. 28. D. l. c. g) L. 11. §. 10. L. 29. §. 1. D. l. c. L. 3. §. 1. D. de pign. 20. 1. h) L. 25. D. de statu hom. 1. 5. L. 24. D. de dolo. 4. 3. cf. Dig. de collusione detegenda. 40. 16. L. 1. 5. D. si ingenuus esse dicetur. 40. 14. L. 9. 42. D. de liberali causa. 40. 12. — L. 1. §. 16. — L. 3. pr. D. de agnosc. lib. 25. 3. — L. 3. pr. D. de pign. 20. 1. L. 50. §. 1. D. de legat. I. L. 14. D. de appellat. 49. 1. L. 12. Cod. de pet. hered. 3. 31. L. 6. §. 1. L. 8. §. 16. L. 17. §. 1. D. de inoff. test. 5. 2. — L. 63. D. de re iud. 42. 1. — L. 4. §. 3. 4. L. 6. §. 4. D. si serv. vind. 8. 5.

cere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem (Vulg. *exceptioni*) rei iudicatae frequens est. Sav. S. 362. emendirt *exceptionem rem iudicatam*. — L. 207. D. de R. J. Res iudicata pro veritate accipitur. vgl. L. 25. in f. D. de statu hom. 1. 5. (not. g.).

3) L. 3. D. h. t. 44. 2. (Ulp. lib. XV. ad Edictum). Julianus lib. 3. Dig. respondit exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio (Sav. „dieselbe Rechtsfrage") inter easdem partes revocatur. L. 7. §. 4. D. ibid. (Ulp. lib. LXXV. ad Edictum). Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii. Vgl. §. 1. ibid. Et quidem ita definiri potest, totiens eandem rem agi, quotiens apud judicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est. L. 19. ibid. L. 28. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. — Ueber L. 7. cit. im Ganzen vgl. Sav. Beil. XVI. Bd. VI. S. 500—513., wornach, abweichend von den Ausgaben, das pr. abzuschließen ist mit den Worten: *nam nocebit exceptio*, und §. 1. beginnt mit den Worten: *Item si quis fundum* u. s. w. bis: *in his igitur fere omnibus exceptio nocet*.

4) Streitfrage: Ob bei dinglichen Klagen eine Beschränkung der exceptio rei iudicatae auf einen speciell angegebenen Erwerbgrund des Rechts stattfinde? Gegen die bis dahin unbestrittene gemeine Meinung verneint von Puchta im Rh. Mus. II. S. 251—270. III. S. 467—487. Inst. II. §. 175., und nach ihm von Sint. §. 34. not. 46. Erläutr. S. 219—250. Dagegen zunächst Heffter im Rh. Mus. III. 222—238. Wächter Hdb. II. S. 445. und jetzt vorzüglich Sav. §. 300. und Beil. XVII. Bd. VI. S. 514—535.; auch Buchka I. S. 145. II. S. 192., welcher die Frage nach röm. Rt zwar verneinend, nach heutigem aber bejahend beantwortet. Die entscheidenden Stellen sind a) L. 11. §. 1. 2. D. h. t. Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. — Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, causa adiecta, non debet summoveri exceptione. Vgl. §. 4. ibid. Ceterum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae dominium mihi tribuat, non me repellet ista exceptio. . . . §. 5. Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. b) L. 14. §. 2. D. h. t. Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod quum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at quum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius

autem deberi potest. — Vgl. auch noch cap. 3. de sent. in sexto. 2. 14. (§. 113.). — Nach heutigem Recht will die Kraft des Urtheils immer nur auf den im Proceß wirklich geltend gemachten Erwerbgrund des dinglichen Rechts beschränken Kierulff I. S. 257.

5) Nach älterm R. Rt kam die exceptio rei iudicatae noch in einer bloß negativen Function zur Anwendung, als Schutzmittel des, verurtheilten oder freigesprochenen, Beklagten gegen erneute Anstellung derselben Klage, anstatt der bis zum Urtheil anwendbaren exceptio rei in litem deductae. Gai. IV. §. 106. 107. S. 197—260. Davon haben sich auch im Justinianischen Rechte noch einzelne Spuren erhalten; L. 9. §. 1. L. 16. D. h. t. L. 16. §. 5. D. de pign. 20. 1. L. 2. Cod. de iud. 3. 1. L. 22. §. 8. D. ratam rem hab. 46. 8., und Manche legen derselben denn auch im geltenden Recht noch praktische Bedeutung bei. Vang. §. 173. In der That aber ist diese gänzlich weggefallen. Die eigenthümlichen strengen Wirkungen der ältern processualischen Consumtion treten nach neuerm Recht auch durch das Urtheil nicht ein; außerdem aber genügt überall die Exceptio in ihrer positiven Function, durch welche der Beklagte jede auf Mehr oder Anderes, als das Zuerkannte, gerichtete, wie jede völlig aberkannte Forderung des Klägers zurückweisen kann. Wächter Erörtr. III. S. 41—61. Sav. S. 281. fg. 403—453. 511—513.

6) Die Frage, ob durch die exceptio rei iudicatae auch die naturalis obligatio des mit Unrecht freigesprochenen Schuldners beseitigt werde? — Wächter S. 135—155. — gehört in die Lehre von den Obligationen. vgl. §. 111.

E. Von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. [1])

§. 117.

1) Begriff.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, in integrum restitutio, [a]) auch wohl integri restitutio, [b]) im engern und eigentlichen Sinn, [2]) ist die Wiederherstellung eines frühern Rechtszustandes, [c]) die als außerordentliche Rechtshülfe [d]) durch

---

a) Dig. de in integrum restitutionibus. 4. 1. cf. 4. 2—6. Cod. 2. 20—54. X. de in integrum restitutione. 1. 41. Sext. de restitutione in integrum. 1. 21. Clem. de rest. in int. 1. 11. b) Pauli sentt. de integri restitutione. 1. 7. Theod. Cod. de integri restitutione. 2. 16. c) L. 9. §. 3. 4. L. 21. §. 5. 6. D. quod met. 4. 2. L. 2. Cod. in quib. caus. 2. 41. L. 2. Cod. quib. ex caus. mai. 2. 54. Paul. l. c. §. 1. d) L. 1. 16. pr. D. de minor. 4. 4.

die richterliche Gewalt gegen das strenge Recht Demjenigen gewährt wird, welcher diesem gemäß eine nachtheilige Aenderung in einem Rechtsverhältnisse erlitten hat, deren Beseitigung aus bestimmten Gründen [e]) als eine Forderung der Billigkeit (der ausgleichenden Gerechtigkeit) erscheint. [3])

Anm. 1) Litteratur: Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831. Schröter, über Wesen und Umfang der in integrum restitutio, in seiner und Linde's Ztschr. VI. 3. S. 91—175. (1833). Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des römischen Rechts. Rostock 1834. S. 215—307. Sav. §. 315—343. Bd. VII. S. 90—309. Puchta Syst. §. 100—107. Vgl. auch dessen Cursus der Inst. II. §. 177. 209. — Nach dem Heise'schen System steht diese Lehre am Ende des Ganzen; so bei Wening-Ingenheim B. VI. §. 552—563. Ebenso bei Seuffert B. V. §. 665—674.

2) In weiterer Bedeutung dient derselbe Ausdruck wohl zur Bezeichnung einer jeden materiellen Wiederherstellung früherer Verhältnisse, mag sie auch durch bloße Uebereinkunft oder durch ein gewöhnliches Rechtsmittel herbeigeführt werden, oder selbst ipso iure eintreten. L. 58. D. de pactis. 2. 14. — L. 23. §. 7. D. de aed. ed. 21. 1. — L. 3. §. 4. D. de al. iud. mut. 4. 7. L. 10. Cod. de rescind. vend. 4. 44. L. 10. §. 22. D. quae in fraud. cred. 42. 8. L. 10. Cod. de postlim. 8. 51. vgl. L. 19. pr. D. de captivis et postlim.

3) L. 3. D. h. t. Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. Vgl. P. §. 100. „Das Eigenthümliche dieses Rechtsmittels liegt nicht in seiner Wirkung: der Wiederherstellung eines frühern Zustandes, denn diese hat es mit andern gemein, auch nicht in der causae cognitio, die seiner Ertheilung vorhergeht, denn auch davon gilt dasselbe, sondern darin, daß es auf der über den Festsetzungen und Formen des gewöhnlichen Rechts stehenden Gerechtigkeit (aequitas) beruht, deren Anforderung und Wirkung die Behörde in dem concreten Fall zu prüfen und zu leiten hat." Ihren Ursprung hat die in integrum restitutio im prätorischen Edicte; sie war eines der Mittel, wodurch der Prätor unbillige Ergebnisse des strengen Rechts zu mildern suchte. In manchen Fällen aber wird aus denselben Billigkeitsrücksichten, welche auch als Gründe einer i. i. r. angeführt werden, die erforderliche Hülfe durch gewöhnliche Rechtsmittel, Klagen und Einreden gewährt (Anm. 2.), wohin u. A. namentlich die actio und exceptio doli und quod metus causa (§. 61. 62.) gehören, die mit Unrecht von einigen noch in das Gebiet der eigentlichen Restitutionen hineingezogen werden, z. B. M. §. 158. vgl. auch

e) L. 1—3. L. 7. D. h. t.

Burchardi §. 18. Dagegen Schröter und Schneider a. a. O. Sav. S. 103—107. S. 112. „Noch wichtiger war es, daß die Prätoren in manchen wichtigen Fällen die früher dargebotene Restitution in gewöhnliche Klagen und Einreden umwandelten, also die bis dahin unfertige Regel in eine fertige auflösten, so daß in diesen Fällen von der frühern Restitution, außer unbedeutenden Ueberresten der Anwendung, nur noch ein Andenken übrig bleibt in der Stellung, welche jenen Klagen im Edict und in den Digesten zu Theil geworden ist." (Dig. IV. 2. 3. 7.). Andrerseits erhielten die Regeln über Restitution allmählich eine festere Bestimmung und „so ist von verschiedenen Seiten her die Restitution im Laufe der Zeiten mehr und mehr den gewöhnlichen Rechtsmitteln angenähert worden, und in dieser sehr veränderten Gestalt ist sie als Bestandtheil des gemeinen Rechts zu uns herübergekommen. — Bei unbefangener Betrachtung muß eingeräumt werden, daß dieses Institut des römischen Rechts weniger, als die meisten andern, einen innern Grund des Fortbestandes und der Einwirkung auf den heutigen Rechtszustand mit sich führt." Sav. S. 113. Jedoch „ganz wird sie nie entbehrlich werden." P. Vorles. I. S. 209.

4) Die i. i. r. ein Gnadenact? verwandt der Begnadigung im Strafrecht, die auch i. i. r. genannt wird. L. 1. §. 9. 10. D. de postulando. 3. 1. Deinde adiicit praetor: *qui ex his omnibus . . . in integrum restitutus non erit* . . . §. 10. De qua autem in integrum restitutione praetor loquitur? utrum de ea, quae a principe (Vulg. ins. *est*) vel a senatu? Pomponius quaerit; et putat de ea restitutione sensum, quam princeps vel senatus indulsit. An autem et praetor restituere possit, quaeritur; et mihi videtur, talia praetorum decreta non esse servanda, nisi sicubi (Vulg. *si cui*) ex officio iurisdictionis suae subvenerunt, ut in aetate observatur, ceterisque speciebus, quas sub titulo *de in integrum restitutione* exsequemur. (§. 31. not. c. d.) Vgl. L. 1. §. 2. D. ad leg. Iul. de ambitu. 48. 14. L. 1. Cod. de sent. passis et restitutis. 9. 51. Burchardi §. 3. Dagegen Schröter S. 169 — 174. P. §. 100. not. c. Vermittelnd Sav. S. 116—118.

2) Voraussetzungen.

§. 118.

a) Verletzung.

Die Voraussetzungen, unter denen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt werden kann, sind eine erlittene Verletzung (Läsion) und ein Restitutionsgrund. Was die erste betrifft, so muß sie in einer nachtheiligen Aenderung von Rechtsverhältnissen bestehen, welche dem geltenden regelmäßigen Rechte gemäß eingetreten ist, also eine Rechtsverletzung nicht enthält,

gegen welche daher dieses keine Hülfe gewährt.[a]) Der Nachtheil kann nicht nur in einem Vermögensverluste (damnum) bestehen, sondern auch in Entgang eines möglich gewesenen Erwerbes (lucrum),[b]) jedoch[c]) nicht auch eines Gewinnes, der nur durch Vermögensverkürzung eines Andern gemacht werden konnte;[1]) auch braucht der Nachtheil nicht wesentlich das Vermögen zu betreffen.[d]) Die Rechtsänderung aber, welche den Nachtheil mit sich bringt, kann durch positive Handlungen, Rechtsgeschäfte, oder durch Versäumnisse herbeigeführt und so denn in den manchfaltigsten Beziehungen[e]) zu einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Anlaß gegeben seyn.[2])

Anm. 1. L. 18. cit. . . . in his casibus restitutionibus auxilium maioribus damus, in quibus rei duntaxat persequendae gratia queruntur, non quum et lucri faciendi ex alterius poena vel damno auxilium sibi impertiri desiderant. — L. 20. cit. . . . quum sit iniquissimum auferre domino, quod usus non abstulit, neque enim intelligitur amissum, quod ablatum alteri non est. — Zwischen Minderjährigen und andern Personen unterscheidet in dieser Beziehung unter andern P. §. 101. not. d.; dagegen Burchardi §. 6. Sav. S. 121—124.

2) Ueber die Frage, ob ein bedeutender oder „nicht ganz unbedeutender" Nachtheil vorausgesetzt werde? vgl. Burchardi §. 8., der die Regel bestreitet, und gegen diesen Vang. §. 176. Sint. §. 36. not. 42. — „*Minima non curat praetor.*" — In einigen Fällen wird ausdrücklich ein beträchtlicher oder sehr beträchtlicher Schaden vorausgesetzt, L. 9. pr. 49. D. de minor. 4. 4. L. 1. Cod. si adv. vend. pign. L. 1. 3. Cod. si adv. fiscum. §. 6. J. de hered. qual. 2. 19.; im Allgemeinen aber wird die Erheblichkeit des durch die Restitution zu beseitigenden Nachtheils im Vergleich mit dem andrerseits daraus hervorgehenden berücksichtigt. L. 4. D. h. t.

---

a) L. 16. pr. §. 1. 3. D. de minor. 4. 4. Cod. in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est. 2. 41. b) L. 6. 7. §. 6. L. 44. D. de minor. 4. 4. L. 27. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. c) L. 18. 20. D. l. c. L. 37. pr. D. de minor. 4. 4. cf. L. 17. §. 3. D. de usur. 22. 1. d) L. 3. §. 6. D. de minor. 4. 4. L. 35. ibid. — L. 6. ibid. L. 41. D. de recept. 4. 8. e) Cod. si adversus rem iudicatam restitutio postuletur. 2. 27., si adversus venditionem. 2. 28., si adversus venditionem pignorum. 2. 29., si adversus donationem 2. 30., si adv. libertatem. 2. 31., si adv. transactionem vel divisionem. 2. 32., si adv. solutionem a tutore vel a se factam. 2. 33., si adv. dotem. 2. 34., si adv. usucapionem. 2. 36., si adv. fiscum. 2. 37., si adv. creditorem. 2. 38., si minor ab hereditate se abstineat. 2. 39., si ut omissam hereditatem vel bonorum possessionem vel quid aliud acquirat. 2. 40., cf. si adv. delictum. 2. 35.

b) Restitutionsgründe. [1])

§. 119.

α) Minderjährigkeit. a)

Wegen Minderjährigkeit [b]) gewährt das römische Recht [2]) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen rechtliche Nachtheile, welche dem Minderjährigen, und zwar ihm selbst, nicht bloß durch ihn einem Andern, [c]) durch Handlungen oder Versäumnisse, die er selbst oder seine Vertreter begangen haben, [d]) verursacht worden sind, [3]) sofern ihm nicht das ordentliche Recht schon eine ausreichende Hülfe dagegen darbietet. Gegen ein an sich demselben vortheilhaftes Rechtsgeschäft, das nur durch später hinzutretenden Zufall zu seinem Nachtheil ausgeschlagen ist, findet sie nicht statt, [e]) wohl aber dann, wenn der Nachtheil des Rechtsgeschäfts durch Mitwirken der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des Minderjährigen herbeigeführt wurde. [f]) Dagegen hat derselbe keinen Anspruch auf Restitution, sofern ihm bei dem fraglichen Geschäft eine Unredlichkeit zur Last fällt, [g]) daher insbesondere auch dann nicht, wenn er bei dessen Abschluß sich betrüglicherweise für volljährig ausgegeben hat. [h]) Auch ist sie ausgeschlossen gegen ein durch seinen Eid bestärktes, [i]) wie gegen ein nach erlangter Großjährigkeit genehmigtes Rechtsgeschäft, [k]) deßgleichen in gewissen Fällen, in denen das Verlangen derselben unsittlich oder unanständig erscheint. [l]) Durch Volljährigkeitserklärung (§. 36.) hört dieses ius singulare eben

---

a) Dig. de minoribus viginti quinque annis. 4. 4. Cod. de in integrum restitutione minorum. 2. 22. b) L. 1. 24. §. 1. D. h. t. c) L. 3. §. 4—11. L. 4. 5. L. 23. 38. §. 1. D. h. t. Cod. de filiofamilias minore. 2. 23. d) L. 29. pr. §. 1. L. 38. pr. L. 41. pr. D. h. t. L. 2. 3. Cod. si tutor vel curator intervenerit. 2. 25. L. 4. 5. Cod. si adv. rem iud. 2. 29. cf. L. 38. pr. D. h. t. L. 2. Cod. si adv. vend. pign. 2. 29. — L. 11. Cod. de praediis. 5. 71. L. 2. Cod. de fideiussoribus minorem. 2. 24. f) L. 24. §. 4. L. 27. §. 1. D. h. t. cf. L. 32. §. 4. D. de adm. 26. 7. L. 2 Cod. si adv. cred. 2. 38. g) L. 9. §. 2. 5. D. h. t. h) Cod. si minor se maiorem dixerit. 2. 43. i) Auth. *sacramenta puberum* ad L. 1. Cod. si adv. vend. 2. 28. k) Cod. si maior factus ratum habuerit. 2. 46. L. 3. §. 1. 2. L. 20. §. 1. L. 21. D. h. t. l) L. 1. Cod. si adv. donat. 2. 30. L. 11. Cod. de transact. 2. 4. Nov. 115. cap. 3. §. 13. in f.

so wohl auf als durch Erreichung des volljährigen Alters m); nach Analogie dieser Regel aber wird die Restitution mit Recht auch gegen solche Geschäfte verweigert, zu denen der Minderjährige eine öffentliche Ermächtigung erhalten hat.

Gleich den Minderjährigen ist gesetzlich auch den Gemeinden n), Kirchen und milden Stiftungen o) ein Restitutions-Anspruch beigelegt worden, und durch eine sehr verbreitete aber bedenkliche Praxis überhaupt allen Corporationen so wie dem Fiscus.

Anm. 1) In den Digesten kommen die Restitutionsgründe, ohne Zweifel nach dem Edict, in folgender Ordnung vor: metus, dolus malus, minor aetas, capitis deminutio, absentia (Dig. IV. 2—6. cf. Cod. II. 20—22. 51.) und an einem anderen Orte in besonderer Beziehung error (Dig. quod falso tutore gestum esse dicatur. 27. 6.). Vgl. L. 1. 2. D. de i. i. r. 4. 1. Pauli sentt. I. 7. §. 2. Der Bedeutung der einzelnen Fälle im geltenden Rechte entspricht diese Ordnung nicht mehr. Sav. §. 320.

2) Ueber den heutigen Werth dieses Instituts vgl. Sav. S. 149. „Bei unbefangener Erwägung dieser Umstände muß man sich überzeugen, daß ein innerer Grund des Fortbestehens der Restitution der Minderjährigen nicht mehr vorhanden ist. Für die Sicherheit derselben muß vielmehr durch Verbesserung des Vormundschaftsrechts gesorgt werden." Vgl. aber Code Nap. art. 1305—1312., nach welchem Gesetzbuch freilich für Verbesserung des Vormundschaftsrechts noch besonders „viel zu leisten übrig bleibt."

3) Eine besondere Ausnahme in L. 8. §. 6. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. — Streitige Ausnahmen: a) L. 25. Cod. de adm. 5. 37. §. 2. J. quib. al. lic. 2. 8. cf. L. 7. §. 2. D. h. t. L. 1. Cod. si adv. solut. 2. 33. Burchardi S. 248. P. §. 103. not. i. Dagegen Sav. S. 151. b) L. 3. §. 4. D. h. t. L. 2. Cod. de filiofam. min. 2. 23. P. und Burch. a. a. O. Dagegen Sav. Beil. XVIII. S. 277—291. — Unpraktische Ausnahmen: L. 3. §. 11. Cod. de iud. 3. 1. L. 1. §. 1. Cod. de plus petit. 3. 10. — Begehrt ein Minderjähriger Restitution gegen einen andern Minderjährigen, so gilt die Regel: in pari causa melior est conditio possidentis, sofern nicht der eine auf Kosten des andern einen reinen Gewinn hat. L. 11. §. 6. D. h. t. L. 128. pr. D. de R. J. (§. 92.).

---

m) Cod. de his qui veniam aet. imp. 2. 45. L. 5. pr. Cod. de temp. i. i. r. 2. 53. cf. L. 1. §. 2. D. h. t. n) L. 4. Cod. quib. ex caus. mai. 2. 54. L. 3. Cod. de iure reipub. 11. 29. o) cap. 1. 3. 6. X. h. t. cap. 11. X. de reb. eccles. 3. 13.

§. 120.

β) Abwesenheit und ähnliche Umstände. a)

Die Abwesenheit einer Person kann die entschuldbare Ursache einer Versäumniß und dadurch eines Rechtsverlustes werden, gegen welchen eben deßhalb eine Abhülfe zu gewähren billig scheint. Dasselbe gilt von manchfaltigen andern Hindernissen der Vornahme von Handlungen, wodurch ein Rechtsverlust zu verhüten wäre. Das prätorische Edict [b]) versprach daher Wiedereinsetzung i. d. v. St. für eine Reihe von näher bezeichneten Fällen dieser Art, und fügte noch eine allgemeine Zusage gleicher Rechtshülfe in verwandten Fällen hinzu [1]). Nach dem Inhalt und der praktischen Auslegung dieses Edicts kann nun überall Restitution eintreten, wenn Jemand einen Rechtsverlust dadurch erlitten hat, daß er durch entschuldigende äußere Hindernisse abgehalten war, sein Recht auszuüben und gehörig wahrzunehmen oder dasjenige zu thun, was zur Abwendung jenes Nachtheils erforderlich war [2]). Das Hinderniß kann zunächst in der Person des Berechtigten vorhanden gewesen seyn, z. B. Abwesenheit des Berechtigten; aber auch in der Person desjenigen, gegen welchen ein Recht geltend zu machen war, z. B. Abwesenheit des Schuldners oder Besitzers, gegen welchen Klage zu erheben war. In Fällen der letzten Art wird vorausgesetzt, daß sich auch kein Stellvertreter des Gegners (§. 77.) gefunden habe, gegen welchen der Berechtigte sein Recht wahren konnte [c]). In Fällen der ersten Art dagegen kann es unter Umständen ein Grund seyn, die Restitution zu verweigern, wenn der Abwesende nachlässiger Weise keinen Vertreter bestellt hat [d]), während durch das Daseyn eines solchen die Möglichkeit [e]) der Restitution nicht ausgeschlossen wird [3]).

---

[a]) Dig. ex quibus causis maiores XXV. annis in integrum restituuntur. 4. 6. Cod. quib. ex caus. mai. i. i r. 2. 54. cf. Cod. de restitutionibus militum et eorum qui reipublicae causa absunt. 2. 51. de uxoribus militum et eorum qui reipublicae causa absunt. 2. 52. [b]) L. 1. §. 1. D. h. t. [c]) L. 1. 21. §. 2. 3. L. 22. pr. L. 26. §. 3. D. h. t. — L. 39. D. h. t. ? [d]) L. 26. pr. L. 28. pr. D. h. t. L. 20. pr. D. de minor. 4. 4. [e]) L. 26. §. 9. D. h. t. vgl. mit L. 1. Cod. h. t. — L. 15. pr. D. h. t. — L. 8. D. de in int. rest. 4. 1. — L. 39. D. h. t. ?

Anm. 1) L. 1. §. 1. D. h. t. Verba autem Edicti talia sunt:

a) *Si cuius quid de bonis deminutum erit, cum is metu aut sine dolo malo reipublicae causa abesset; inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset; sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicetur:*

b) *Item si quis quid usu suum fecisse, aut, quod non utendo sit amissum, consecutus esse actioneve qua solutus ob id, quod dies exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocare non liceret, neque defenderetur, cumve magistratus de ea re appellatus esset; sive cui per magistratus sine dolo ipsius actio exemta esse dicetur:*

earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit.

c) *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges, plebis scita, senatus consulta, edicta, decreta principum licebit.*

Ueber die hier aufgenommenen Lesarten vgl. Sav. S. 165. fg. — Den letzten Zusatz bezeichnen die römischen Juristen als generalis clausula. L. 26. §. 1. L. 33. pr. D. h. t.

2) Erweiterungen der Bestimmungen unter Anm. 1. a und b, die nach der generalis clausula im römischen Recht ausdrücklich anerkannt werden, sind:

zu a) die Restitution α) der Ehefrauen der Soldaten. Cod. 2. 52. β) der legati civitatum. L. 8. 26. §. 9. L. 35. §. 1. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. γ) der procuratores Caesaris und des patronus fisci. L. 33. pr. L. 35. §. 2. D. h. t. δ) der absentes studiorum causa. L. 28. pr. D. h. t. ε) desjenigen, der unter Bürgschaftsleistung sich verpflichtet hat, einen bestimmten Ort nicht zu verlassen. L. 28. §. 1. cit. ζ) des in Gewerbgeschäften Abwesenden. L. 57. D. mand. 17. 1. (Ueber diese Stelle: Sav. S. 292-309.) η) der Verbannten. L. 26. §. 1. L. 40. §. 1. D. h. t. ϑ) der nascituri, welcher Fall jedoch auch unter die restitutio minorum subsumirt werden kann. L. 45. pr. D. de minor. 4. 4. ι) desjenigen, der durch Ueberschwemmung oder durch Austrocknen einer Quelle seine Servitut auszuüben verhindert war. L. 34. §. 1. L. 35. D. de s. p. r. 8. 3. L. 14. pr. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 1. §. 9. D. de itin. 43. 19. κ) des Erben, welcher durch den Aufschub der Testamentseröffnung nach dem Sc. Silanianum einen Verlust erlitten. L. 3. §. 30. 31. D ad Sc. Silan. 29. 5.

zu b) die Restitution gegen einen Wahnsinnigen, ein Kind oder eine Gemeinde, welche keinen Vertreter haben. L. 22. §. 2. D. h. t. L. 124. §. 1. D. de R. J. — Sav. S. 185. rechnet dahin noch zwei andere Fälle nach L. 23. §. 3. D. h. t., aber diese fallen schon unter die ausdrückliche Bestimmung des Edicts, weil der Kriegsgefangene (apud hostes) jedenfalls abwesend ist.

Erschöpfend sind diese Fälle nicht, und ist z. B. kein Zweifel, daß der Wahnsinnige auch nach Analogie von a) zu restituiren ist, während

das Kind und die Gemeinde ohnehin schon vollständiger nach §. 119. geschützt sind. Die neuern Praktiker aber haben der sog. restitutio ex clausula generali eine viel zu weite und unbestimmte Ausdehnung gegeben. Vgl. Francke Beitr. S. 68. fg. Burch. §. 12. Sav. S. 166. fg.

3) L. 39. D. h. t. Is, qui reipublicae causa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur. Diese Stelle wird von Manchen auf den Fall unter Anm. 1. b. bezogen. Noodt Comm. ad Pand. h. t. Dagegen Burch. S. 166. 175. Sav. S. 176—180.

§. 121.

γ) Zwang, Betrug, Irrthum.

Diese werden unter den Gründen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand besonders genannt. [a]) Zwang und Betrug begründen zwar eigene Ersatzklagen und Einreden, welche eine eigentliche i. i. r. meistentheils entbehrlich machen; allein es ist gleichwohl auch diese Art der Rechtshülfe gegen die Folgen solcher Unrechtlichkeit, sowohl des Betruges [b]) als des Zwanges [c]), als zulässig anerkannt, indem jene Rechtsmittel nicht überall ihrem Zwecke genügend entsprechen [1]). Irrthum, ohne Voraussetzung eines dabei mitwirkenden Betruges, aber natürlich nur entschuldbarer Irrthum [d]) (iustus error), war für einen Fall im prätorischen Edict ausdrücklich als Restitutionsgrund anerkannt [e]); außerdem aber wird auch sonst noch in verschiedenen Fällen [f]), wo dringende Billigkeit es fordert, insbesondere gegen processualische Nachtheile [g]), aus diesem Grunde Restitution zugelassen.

Dagegen kann der Restitution wegen capitis deminutio [h]) eine praktische Bedeutung nicht mehr beigelegt werden [2]).

---

a) L. 1. 2. D. de i. i. r. 4. 1. Pauli sentt. I. 7. §. 2. b) L. 7. D. l. c. L. 18. D. de int. in iure. 11. 1. L. 33. D. de re iud. 42. 1. L. 3. Cod. quib. ex caus. mai. 2. 54. L. 10. Cod. de rescind. vend. 4. 44. c) L. 9. §. 4. 5. 6. D. quod met. 4. 2. L. 3. Cod. de his quae vi. 2. 20. — L. 21. §. 5. 6. D. l. c. L. 85. D. de acquir. hered. 29. 2. cf. L. 6. §. 7. D. eod. d) L. 2. D. cit. e) Dig. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur. 27. 6. f) L. 1. §. 17. D. de separat. 42. 6. L. 17. D. de his quae ut indignis. 34. 9. g) L. 11. §. 8—10. D. de int. in iure. 11. 1. L. 7. in f. D. de confessis. 42. 2. L. 11. pr. D. de except. rei iud. 44. 2. L. 1. §. 5. D. de edendo. 2. 13. L. 8. §. 2. D. qui satisd. cog. 2. 8. §. 33. J. de aet. 4. 6. h) Dig. de capite minutis. 4. 5.

Anm. 1) P. §. 102. not. d. hält die Restitution wegen Zwanges und Betrugs für unpraktisch, weil es schon nach R. Rt bei bonae fidei negotia keiner Restitution bedurfte, um dem Gezwungenen oder Betrogenen zu helfen, dem Geist des neuern Rechts gemäß aber dieses für alle Verhältnisse zu behaupten, also der Schutz einer solchen Person überall als ein Grundsatz schon des ordentlichen Rechts zu betrachten sey. Dagegen Sav. S. 194. not. g. S. 209. — Ueber die verschiedenen Ansichten überhaupt vgl. Burch. §. 18—20. Schröter S. 116—130. V. §. 185. Sav. §. 330. 332. Insbesondere über das Verhältniß der entehrenden actio doli zu der i. i. r. vgl. L. 7. §. 1. D. de i. i. r. 4. 1. Et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, quum remedio locus esse non potest. L. 1. §. 6. D. de dolo. 4. 3. Idem Pomponius refert, Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere. Sav. S. 203—209.

2) Sav. S. 211. „Diese Restitution führte nur den leeren Namen einer solchen, indem die eigenthümliche Natur der Restitution bei ihr gar nicht zur Anwendung kam . . . . . Es war also in der That eine praktische Aufhebung des alten Rechtssatzes, nur versteckt unter der Form einer Restitution, gewissermaßen aus Respect geg'n das alte Civilrecht." Andrer Meinung V. §. 34. a. E. §. 187.

§. 122.

c) Rechtzeitiges Gesuch. [a]

Die Wiedereinsetzung i. d. v. St. wird nur auf Gesuch des Verletzten ertheilt, welches innerhalb einer Verjährungsfrist [1]) von vier Jahren bei dem zuständigen Gericht eingebracht seyn muß [b]). Diese beginnt für die Restitution wegen Minderjährigkeit mit dem Beginn der Volljährigkeit, d. i. mit dem ersten Tage des 26. Lebensjahres, beziehungsweise mit dem Tage der gerichtlich vollzogenen Volljährigkeitserklärung (in welchem Falle jedoch dieselbe nicht vor Vollendung des 25. Lebensjahres ablaufen soll) [c]); für die Restitution wegen Abwesenheit und ähnlicher Hindernisse mit dem Tage, an welchem das Hinderniß der Rechtsverfolgung beseitigt wurde [d]); deßgleichen für die Restitution

---

a) Cod. de temporibus in integrum restitutionis tam minorum et aliarum personarum, quae restitui possunt, quam etiam heredum eorum. 2. 53. b) L. 7. Cod. h. t. c) L. 5. pr. Cod. h. t. cf. L. 3. §. 3. D. de minor. 4. 4. d) L. 7. §. 1. cit. cf. L. 1. §. 1. L. 28. §. 3. D. ex quib. caus. mai. 4. 6.

wegen Zwangs, Betrugs oder entschuldbaren Irrthums von der Zeit an, da deren Einwirkung fortfiel [e]); für die Restitution der Gemeinden, Kirchen [f]) und milden Stiftungen (§. 119. a. E.) von der Zeit der Verletzung an [2]). Die Restitutionsfrist kann aber weiter erstreckt werden, sofern nach Beseitigung des die Restitution begründenden Umstandes noch ein andrer Restitutionsgrund besteht, [g]) welcher gegen die Versäumung des Restitutionsgesuches selbst wieder die Restitution rechtfertigen würde [3]). Das Recht des Restitutionsgesuchs geht auch auf den Erben über; [h]) diesem aber bleibt nur der Rest der für den Erblasser bereits begonnenen Restitutionsfrist; aber auch für ihn kann die Frist erweitert werden, wenn in seiner Person ein neuer Restitutionsgrund vorliegt [i]). Uebrigens sollte nach römischem Recht innerhalb der Verjährungszeit nicht bloß das Gesuch angebracht, sondern auch das Restitutionsverfahren beendigt seyn [k]). Nach heutigem Recht ist das letzte nicht mehr erforderlich.

Anm. 1) L. 7. pr. Cod. h. t. (Justinianus A. Joanni p. p.) Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes sancimus: et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat et id tempus totius loci esse commune; ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen, satis nobis absurdum visum est. Quod non solum in minorum restitutionibus, quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit, sed etiam in maiorum hoc idem adhiberi sancimus, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem finiendamque litem. Vgl. L. 6. Cod. de repud. her. 6. 31. „quadriennium, quod spatium pro utili anno, qui restitutionibus dabatur, praestitutum est.“ Daher ist in L. 26. D. 4. 6. die Erklärung Ulpian's über die Edictsworte: *intra annum, quo primum* etc. weggelassen, und anderwärts statt *utilis annus* wahrscheinlich interpolirt: *tempus restitutionis,* oder *utile, statutum t. r.* u. dgl. L. 19. 20. 39. pr. D. de minor. 4. 4. L. 28. §. 3. D. ex quib.

---

e) arg. L. 7. §. 1. cit. cap. 2. in 6to h. t. 1. 21. f) cap. 2. in 6to cit. Clem. 1. h. t. 1. 11. g) L. 1. 3. 4. Cod. h. t. cf. L. 20. pr. D. de minor. 4. 4. L. 26. §. 1. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. — cap. 1. in 6to l. c. h) L. 6. D. de i. i. r. 4. 1. L. 18. §. 5. D. de minor. 4. 4. i) L. 19. D. l. c. L. 5. §. 1—3. L. 2. Cod. h. t. k) L. 5. pr. L. 7. pr. Cod. h. t. cf. L. 6. eod. L. 39. pr. D. de minor. 4. 4. Clem. 1. cit.

caus. mai. 4. 6. L. 9. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. Für die Restitution wegen Minderjährigkeit hatte schon Constantin ein tempus continuum von 3 bis 5 Jahren, nach Unterschied des Ortes, festgesetzt, worauf L. 7. cit. hindeutet. Vgl. L. 2. Theod. Cod. h. t. 2. 16., im Just. Codex mit Weglassung dieser Bestimmung als L. 5. Cod. h. t. aufgenommen. — Gegen die Beschränkung der L. 7. cit. auf die Fälle der §§. 119. 120. s. Burch. S. 509. fg. Mit Unrecht aber bezieht dieser, S. 514., das Gesetz auch auf die Restitution des capite minutus, die schon nach altem Recht keiner Verjährung unterlag. L. 2. §. 5. D. de cap. min. 4. 5. V. §. 180. 1).

2) Auf die Kenntniß der Verletzung kommt es an sich und im Allgemeinen (vgl. not. e.) nicht an, Burch. §. 27., auch nicht nach canonischem Recht. Sav. S. 248—251.

3) Gewöhnlich wird behauptet, daß gegen die Versäumniß der Restitutionsfrist keine Restitution stattfinde. Arg. L. 20. pr. D. de minor. Burch. S. 134. P. §. 107. 3). Dagegen s. Sav. S. 258—264. Auch dieser aber scheint L. 20. cit. noch zu strenge und allgemein zu nehmen und mit Unrecht in L. 1. 3. Cod. citt. ein ganz singuläres Vorrecht der Soldaten zu sehen. Die Vergleichung mit L. 26. §. 1. L. 28. pr. D. ex quib. caus. mai. spricht dagegen.

§. 123.

3) Verfahren.

Das Restitutionsverfahren, welches in der Regel, wie in andern Rechtsstreitigkeiten, beiderseitiges Gehör erfordert [a]), hat zunächst den Zweck, eine Entscheidung über die rechtliche Begründung des Restitutionsgesuches und somit Aufhebung der verletzenden Rechtsänderung durch richterlichen Spruch herbeizuführen (sog. iudicium rescindens). [b]) Auf die ertheilte Restitution kann sich alsdann ein weiterer Rechtsstreit gründen, zur Verwirklichung der daraus hervorgehenden Ansprüche (iudicium rescissorium oder restitutorium) [c]). Es kann aber auch dieses zweite Verfahren mit dem ersten verschmolzen und so das Endziel durch

---

a) L. 13. pr. in f. L. 29. §. 2. D. de minor. 4. 4. L. un. Cod. si adv. dot. 2. 34. nov. 119. cap. 6. b) L. 3. D. de i. i. r. 4. 1. L. 24. §. 5. D. de minor. 4. 4. c) L. 9. §. 4. D. quod met. 4. 2. L. 13. §. 1. D. de minor. 4. 4. L. 28. §. 5. 6. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 7. §. 3. D. quod falso. 27. 6. L. 46. §. 3. D. de procurat. 3. 3. L. 18. Cod. de iure postlim. 8. 51. cf. L. 8. §. 9. 12. 13. D. ad Sc. Vellei. 16. 1. L. 16. Cod. eod. 4. 29.

ein zusammenhängendes Verfahren erreicht werden, [d]) und in vielen Fällen wird die ganze Sache schon durch ein einfaches Restitutionsdecret erledigt.

Die eine Partei im Restitutionsverfahren (Restitutionskläger, Impetrant) ist der Verletzte oder dessen Universalsuccessor [e]), in eigener Person oder durch einen Bevollmächtigten [f]), der denn auch ein procurator in rem suam seyn kann [g]). Die andre Partei (der Restitutionsbeklagte, Impetrat) bestimmt sich darnach, wem durch die gesuchte Restitution ein erworbenes Recht wieder entzogen oder eine Verpflichtung auferlegt werden soll. Ist das wiederherzustellende Verhältniß von absolutem Charakter, so findet auch die Restitution in rem statt [h]), z. B. die Restitution gegen eine vollendete Ersitzung gegen jeden Besitzer der Sache [i]); betrifft sie aber ein obligatorisches Verhältniß, so geht sie zunächst nur in personam gegen denjenigen, welcher dadurch ein Recht erhalten hat [k]), jedoch ausnahmsweise und im Nothfall auch hier gegen dritte Personen, auf welche in Folge davon nur mittelbar das dem Verletzten Entzogene übergegangen ist [l]).

Die Zuständigkeit des Richters bestimmt sich heutzutage [m]) nach den betreffenden allgemeinen Regeln des Proceßrechts.

Während des Verfahrens soll keiner Partei eine Aenderung in den bestehenden Verhältnissen gestattet seyn [n]).

---

d) L. 13. §. 1. cit. L. 9. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. L. 2. pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 24. §. 4. L. 39. pr. D. de minor. 4. 4. L. 39. pr. D. de evict. 21. 2. e) §. 122. not. g. L. 3. §. 9. 10. D. de minor. 4. 4. cf. Cod. qui et adversus quos in integrum restitui non possunt. 2. 42. f) L. un. Cod. etiam per procuratorem causam in integrum restitutionis agi posse. 2. 49. L. 25. §. 1. . . . L. 27. pr. D. de minor. 4. 4. g) L. 24. pr. D. l. c. L. 20. §. 1. D. de tutelae. 27. 3. (§. 112.). h) Pauli sentt. I. 7. §. 4. i) L. 17. pr. L. 30. §. 1. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 9. §. 4. D. quod met. 4. 2. k) L. 29. §. 2. D. de minor. 4. 4. l) L. 13. §. 1. . . . L. 15. D. de minor. 4. 4. L. 9. pr. ibid. L. 1. Cod. si adv. vend. pign. 2. 29. m) cf. L. 26. §. 1. D. ad municip. 50. 1. L. 16. §. 5. L. 17. 18. 42. D. de minor. 4. 4. Cod. ubi et apud quem cognitio in integrum restitutionis agitanda sit. 2. 47. cap. 9. X. h. t. 1. 41. n) Cod. In integrum restitutione postulata ne quid novi fiat. 2. 50.

§. 124.

4) Wirkung.

Zweck der W. i. d. v. St. ist Zurückversetzung des Verletzten in die Lage, in welcher er vor dem verletzenden Umstande sich befand. Besteht die Verletzung in Verlust eines Rechts durch Versäumniß, so wird ihm die durch den Restitutionsgrund verlorene Zeit dazu wieder eingeräumt [a]); hat er Verbindlichkeiten übernommen, so wird er davon befreit [b]); ist ihm von seinem Vermögen sonst etwas entzogen, so muß ihm dasselbe mit allem Zubehör wieder gewährt werden. [c]) Aber andrerseits soll auch die Gegenpartei in ihre frühere Lage zurückversetzt werden, jedenfalls der Restituirte keinen Gewinn in Folge des rescindirten Verhältnisses behalten [d]). Indessen kann der Restituirte auch die ertheilte Restitution unbenutzt lassen [e]), sonst aber gegen deren Folgen nur unter Voraussetzung eines Restitutionsgrundes wiederum Restitution nachsuchen [f]). Dritten Personen kommt die ertheilte Restitution in der Regel nicht zu Statten. [g])

§. 125.

5) Beschränkungen.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand soll in folgenden Fällen überhaupt nicht stattfinden: 1) gegen die Folgen eines von dem Restitution Suchenden begangenen Delicts [a]); 2) gegen

---

a) L. 50. D. de minor. 4. 4. L. 26. §. 7. 8. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. b) L. 27. §. 1. L. 50. D. de minor. 4. 4. L. 19. D. de novat. 46. 2. — L. 7. §. 5. L. 33. D. de minor. c) L. 27. §. 1—3. L. 40. 48. D. l. c. L. 23. §. 2. L. 28. §. 6. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. d) L. 7. §. 5. L. 24. §. 4. L. 40. §. 1. L. 47. §. 1. L. 50. D. de minor. 4. 4. L. 28. §. 6. L. 29. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. un. Cod. de reputationibus, quae fiunt in iudicio in integrum restitutionis. 2. 48. cf. L. 13. §. 28. D. de act. emti. 19. 1. e) L. 41. D. de minor. 4. 4. f) L. 7. §. 9. D. l. c. g) L. un. Cod. si in communi eademque causa in integrum restitutio postuletur. 2. 26. L. 2. Cod. si unus ex plur. app. 7. 68. cf. L. 10. pr. D. quemadm. serv. am. 8. 6. — L. 7. §. 1. in f. D. de except. 44. 1. L. 13. pr. D. de minor. 4. 4. L. 1. 2. Cod. de fideiussoribus minorum 2. 24.

a) L. 9. §. 2. 5. D. de minor. 4. 4. cf. L. 1. Cod. si adv. del. 2. 35.

Geschäfte mit den Eltern, als solchen [b]); 3) gegen fiscalische Veräußerungen [c]); 4) gegen die dreißig und mehrjährige Verjährung [d]); 5) gegen die Schließung einer Ehe; 6) wenn der Nachtheil, wegen dessen Restitution begehrt wird, unverhältnißmäßig geringer ist, als derjenige, welcher durch die Restitution für Andere entstehen würde. [e])

Anm. Vgl. noch oben §. 118. not. g. l. §. 122. not. f. und überhaupt V. §. 177. P. §. 107. Sav. §. 321., insbesondere über die wichtige Ausnahme unter Nr. 4, gegen V. a. a. O. und Burchardi S. 135—138., Sav. Bd. III. S. 421—423.

---

b) L. 2. Cod. qui et adv. quos. 2. 42. cf. L. 3. §. 6. D. de minor. 4. 4. L. 2. Cod. si adv. rem iud. 2. 27. L. 8. §. 1. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. Nov. 155. cap. 1. (unglossirt). c) L. 3. Cod. si adv. fisc. 2. 37. L. 5. Cod. de fide hastae. 10. 3. d) L. 3. Cod. de praescript. 30. ann. 7. 39. cf. L. 5. Cod. in quib. caus. i. i. r. nec. non est. 2. 41. e) L. 4. D. de i. i. r. 4. 1. L. 24. §. 2. D. de minor. 4. 4.

Zweites Buch.

Von den Rechten an Sachen.

Erstes Capitel.

Von den Sachenrechten im Allgemeinen.

§. 126.

I. Wesen und Arten der Sachenrechte.

Die eine Hauptclasse der Vermögensrechte unterscheidet sich wesentlich dadurch von andern Rechten, daß jene zum Gegenstande unmittelbar eine Sache haben (§. 48.), welche kraft derselben der Willensherrschaft einer Person unterworfen ist. Diese Rechte heißen daher Sachenrechte, auch dingliche Rechte (§. 22). Sie bestehen ihrem Wesen nach, eben weil sie unmittelbar eine Sache zum Gegenstande haben, unabhängig von besondrer Verpflichtung einer bestimmten andern Person, und können daher durch dingliche Klage geltend gemacht werden (§. 97.). Jene rechtliche Willensherrschaft aber kann sich auf die Sache im Ganzen erstrecken, ohne Beschränkung auf bestimmte Richtungen der Beherrschung. Ein solches Recht an einer Sache ist das Eigenthum, dominium rei, dominium im vorzüglichen Sinn, an sich der Inbegriff aller Befugnisse, welche einer Person in Ansehung einer Sache rechtlich zustehen können. Aber dieses umfassende Recht kann Beschränkungen erleiden durch Rechte andrer Personen, welchen dieselbe Sache nach bestimmten Beziehungen unterworfen ist. So ergeben sich Rechte an einer fremden Sache, iura in re aliena. [1]) Diese haben eben so unmittelbar die Sache zum Gegenstande, wie das Eigenthum, das sie nicht ausschließen, sondern nur, so lange sie bestehen und so weit sie sich erstrecken, einschränken; sie setzen aber zu ihrer Entstehung fremdes Eigen-

thum an der Sache voraus; der Eigenthümer selbst kann sie als besondere Rechte nicht haben, weil ihm die ihren Inhalt ausmachenden Befugnisse ohnehin als im Eigenthum enthaltene zustehen. Die umfassendsten, daher dem Eigenthum am nächsten stehenden Rechte dieser Art sind Emphyteusis und Superficies, praktisch wichtiger die ihrem Inhalt nach sehr mannichfaltigen Servituten oder Dienstbarkeiten, persönliche, wie das Recht der Nutznießung oder der Ususfructus, und mit einem Grundstück verbundene, Grunddienstbarkeiten oder iura praediorum. Alle diese betreffen die Benutzung der Sache, wenigstens in so fern, daß sie dem Eigenthümer rücksichtlich der Benutzung der Sache eine Beschränkung zu Gunsten des Berechtigten auflegen, wenn auch nicht alle dem letzten eine positive Benutzung der Sache gewähren. Man kann sie in so fern dingliche Nutzungsrechte nennen. Es gibt aber noch ein Recht an fremder Sache, welches nicht die Benutzung derselben betrifft, sondern dem Berechtigten die Verfügung über das Eigenthumsrecht selbst gewährt, um durch dessen Werth sich Befriedigung für eine Forderung zu verschaffen, das Pfandrecht. Dieses ist indessen nur ein accessorisches Recht einer Forderung, von dieser Seite nahe verwandt der Bürgschaft (§. 93.); es ist daher systematisch angemessener, dasselbe mit der Lehre von den Obligationen in Verbindung zu bringen, um so mehr, als auch Forderungen selbst Gegenstand der Verpfändung geworden sind und daher das Pfandrecht jedenfalls nicht in jeder Gestaltung als ein Recht an einer (körperlichen) Sache sich darstellt. 2)

Anm. 1) Die Römer bedienen sich in Beziehung auf diese Rechte, im Gegensatz des Eigenthums, schlechthin des Ausdrucks: ius in re habere, und das nicht als einer regelmäßigen technischen Bezeichnung. L. 30. D. de noxal. act. 9. 4. L. 19. pr. D. de damno infecto. 9. 2. „Sive domini sint sive aliquod in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius." Wie aber die Worte dominium, dominus, sc. rei oder corporis, auf die vollkommene rechtliche Herrschaft über eine Sache deuten, so wird auch wohl das Haben eines andern Rechts, als Herrschaft über eine unkörperliche Sache, eben so bezeichnet, z. B. dominium ususfructus in L. 3. D. si ususfr. pet. 7. 6., hereditatis dominus in L. 48. pr. D. de hered. inst. 28. 5. gleichwie dominium und dominus proprietatis in L. 17. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. u. a. Vgl. §. 22. Anm. 5. §. 48. Anm. 1. Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 256. fg.

2) Ueber den Gegensatz der „dinglichen Nutzungsrechte“ und des Pfandrechts vgl. Blume's Grundriß des Pandectenrechts, erste Auflage, S. XIX. Was die Stellung der Lehre vom Pfandrecht betrifft, so wird sie in den neuern Systemen fast allgemein in der Lehre von den Sachenrechten abgehandelt, auch von solchen, die selbst das Pfandrecht an einer Sache nicht als ein ius in re ansehen. Sint. §. 37. 67. Der Verfasser dieses Lehrbuchs ist schon lange davon abgewichen, auch in seinem Grundriß zu Pandectenvorlesungen, München 1840, und hat dieß zu rechtfertigen versucht in den krit. Jahrb. VII. S. 300. fg., nicht bloß als „eine Utilitätsmaßregel“ (Sint. a. a. O.), sondern durch den innern Zusammenhang der Rechtsinstitute (§. 22. a. E.), den „ein verjährter Besitzstand“ nicht auflösen kann. Uebrigens führt Sint. S. 603. auch einen Grundriß, angeblich von Rudorff, Berlin 1830, an, welcher das Pfandrecht ins Obligationenrecht gestellt habe, und so hat es zeitweise auch der ältere Hasse angemessen gefunden.

§. 127.

II. Erwerb und Verlust der dinglichen Rechte.

Für den Erwerb des Eigenthums und dinglicher Nutzungsrechte stellte man bis gegen Ende des achtzehnten Jahrhunderts gewöhnlich als allgemeines Erforderniß das Daseyn eines sogenannten titulus und modus acquirendi auf. Diese Theorie, die indessen auf neuere Gesetzgebungen nicht ohne Einfluß geblieben, ist jetzt allgemein als falsch und unhaltbar aufgegeben. [1]) Es fehlt überhaupt an Regeln für den Erwerb, die allen Arten der Sachenrechte zugleich gemeinsam und eigenthümlich wären (§. 56.). Dagegen gibt es besondere Gründe des Verlustes dieser Rechte, die aus deren gemeinsamer Natur sich ergeben. Dahin gehört der Untergang der Sache und die Aufhebung ihrer Verkehrsfähigkeit [a]) (§. 49.), sodann [2]) deren Uebergang in die Gewalt des Feindes, [b]) und rücksichtlich der Rechte an wilden Thieren, deren Rückkehr zu ihrer natürlichen Freiheit. [c])

Vermöge besonderer Rechtsvorschrift soll der Erfolg jeder vom Fiscus, deßgleichen vom Regenten oder dessen Gemahlin,

---

[a]) L. 7. §. 5. 6. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 23. 24. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 1. Cod. de iure emphyt. 4. 66. [b]) L. 2. 3. 20. §. 1. L. 28. D. de capt. et postlim. 49. 15. L. 10. Cod. eod. 8. 51. [c]) §. 12. 15. J. de rer. div. 2. 1. L. 3. §. 2. L. 5. pr. §. 5. D. de acquir. dom. 41. 1.

vorgenommenen Veräußerung gegen alle Rechtsansprüche dritter Personen auf den Gegenstand der Veräußerung vollkommen gesichert, und dafür diesen nur ein in vier Jahren zu verfolgender Entschädigungsanspruch gegen den Veräußernden gewährt seyn.[d]) Daraus folgt, daß durch solche Veräußerung einer Sache alle bisher andern Personen an derselben zustehenden dinglichen Rechte aufgehoben werden, welche den Rechtserwerb, der dadurch dem Empfänger gewährt werden sollte, ganz oder zum Theil vereiteln würden.[3])

Anm. 1) Vgl. Hugo im civ. Mag. I. 11. „Berichtigung einiger gewöhnlichen Vorstellungsarten in Höpfner's Commentar" S. 226—232. (1790), und IV. 6. S. 137—183. „Vollständige Darstellung der Lehre vom (iustus) titulus und s. g. modus adquirendi" (1812).

2) In Ansehung gewisser Sachen gilt nach R. Rt das ius postliminii, d. h. wenn sie aus der feindlichen Gewalt befreit sind, so leben die frühern Rechte daran wieder auf (recipiuntur postliminio); es sind Grundstücke und Sklaven, sodann Schiffe und Pferde oder Maulthiere, die im Kriege gebraucht werden (not. b.). Ueber die heutige Anwendung dieser Bestimmungen vgl. P. §. 143. not. b. Schmid Hdb. I. S. 68—70.

3) Ueber den Umfang dieser Rechtsvorschrift vgl. Arndts in Linde's Ztschr. XIX. S. 3—9., über deren Grund S. 20—22. Die heutige Anwendbarkeit bezweifelt Sint. §. 39. not. 4., der übrigens, wohl nur aus Versehen, die Entschädigungsklage auf ein Jahr beschränkt.

§. 128.

III. Auflösung des Erwerbs dinglicher Rechte.

Rechte an Sachen, welche durch abgeleiteten Erwerb (translative oder constitutive Uebertragung, §. 56.) einmal begründet worden, bestehen an sich unabhängig von dem Rechtsurheber, von welchem ihr Erwerb herrührt. Allein es kann Jemand ein Recht, als ein sog. widerrufliches, in der Art haben, daß unter gewissen Voraussetzungen dasselbe mit rückwirkender Kraft aufgehoben wird. In diesem Fall werden zugleich die kraft desselben Rechts andern Personen übertragenen Rechte aufgehoben. Resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum, oder: Resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis. Dieser Fall kann

---

d) L. 2. 3. Cod. de quadriennii praescr. 7. 37. §. ult. J. de usucap. 2. 6. cf. L. 5. D. de iure fisci. 49. 14.

namentlich durch Erfüllung einer Bedingung eintreten, sey es, daß jenes Recht dem Uebertragenden unter einer auflösenden Bedingung erworben [a]), oder damals schon einem Andern unter einer aufschiebenden Bedingung übertragen war [b]), deren Erfüllung nun auf jenen Zeitpunkt zurückbezogen wird (sog. revocatio ex tunc). Die Aufhebung tritt hier ipso iure ein; das fragliche Recht fällt von selbst demjenigen zu, dessen Erwerb oder Rückerwerb von der erfüllten Bedingung abhängig war [c]). Ein andres ist es, wenn nur eine Forderung auf Rückübertragung eines dinglichen Rechts begründet ist, welche auf die inzwischen dritten Personen eingeräumten Rechte nicht zurückwirken kann [d]) (sog. revocatio ex nunc), und dieß ist regelmäßig der Fall, wenn das Recht nur durch eine Zeitbestimmung eingeschränkt ist [e]). Indessen können dingliche Rechte [f]) auch in der Art rücksichtlich ihrer Dauer beschränkt seyn, daß sie durch den Eintritt eines Endtermins zwar ipso iure, aber ohne rückwirkende Kraft, aufgehoben werden, und dieß findet in einem Falle auch beim Eigenthum statt [g]). Uebrigens besteht das dingliche Recht, dessen Erlöschung aus irgend einem Grunde (ex tunc oder ex nunc) zu erwarten seyn mag, inzwischen, bis zum Eintritt des die Aufhebung bewirkenden Umstandes, in voller Wirksamkeit [h]).

Anm. Vgl. Sintenis, von der sogenannten Revocabilität der Sachenrechte, in Linde's Ztschr. XX. 2. Syst. §. 39. P. §. 142.

§. 129.

IV. Ausübung der Sachenrechte. Besitz.

Eigenthum und dingliche Nutzungsrechte gestatten ihrer Natur nach eine fortgesetzte Ausübung (§. 92.). Das Eigenthum ist

---

a) L. 4. §. 3. D. de in diem add. 18. 2. L. 3. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. cf. L. 9. D. de aqua pluv. 39. 3. b) L. 105. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 11. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 16. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. c) L. 69. §. 1. L. 81. pr. D. de legat. I. — L. 41. pr. D. de rei vind. L. 13. pr. D. de pign. act. 13. 7. (§. 71. Anm. 4.). d) §. 71. l. c. L. 21. §. 1. L. 43. §. 8. D. de aed. ed. 21. 1. e) L. 26. Cod. de legat. 6. 37. L. 4. D. de servit. 8. 1. cf. L. 44. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. f) L. 1. §. 3. L. 15. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 5. Cod. de usufr. 3. 33. g) L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. h) L. 66. D. de rei vind. 6. 1. L. 4. §. 3. 4. D. de in diem add. 18. 2.

das Recht vollkommener Herrschaft über die Sache, die sich thatsächlich in beliebigen Verfügungen über dieselbe, mit Ausschließung Andrer, äußern kann. Die dinglichen Nutzungsrechte geben ebenfalls, nur in bestimmter Richtung und Beschränkung, eine Herrschaft über die Sache, die sich in wiederholter Ausübung gewisser Befugnisse oder Behauptung eines gewissen Zustandes in Ansehung der Sache thatsächlich geltend macht. Dem Rechte an der Sache entspricht also ein gewisses thatsächliches Verhältniß, worin sich die rechtliche Willensherrschaft in Ansehung der Sache fortwährend an den Tag legt. Dieses kann jedoch auch als bloße Thatsache stattfinden, unabhängig von dem wirklichen oder anerkannten Daseyn des entsprechenden Rechts. Der rechtlichen Ordnung gemäß soll aber die thatsächlich geübte Willensherrschaft schon als solche geachtet werden, so lange nicht im Wege Rechtens ein entgegenstehendes Recht dagegen geltend gemacht ist; es ist derselben schon an sich, ohne Rücksicht auf das Recht, welches sie begründen könnte, ein gewisser Rechtsschutz verliehen. So ergibt sich, als ein Verhältniß von eigener juristischer Bedeutung, der Besitz einer Sache oder eines Rechts an der Sache. Jene thatsächliche Ausübung des Eigenthums stellt sich, da dieses die Sache in ihrer Totalität ergreift, als Besitz der Sache selbst dar, und davon hat die ganze Theorie des Besitzes ihren Ausgang genommen; bei den übrigen Rechten an einer Sache aber kann man eben nur das Recht, nach seinem Inhalt im Allgemeinen aufgefaßt, als den Gegenstand des Besitzes bezeichnen. Daher unterscheiden wir Besitz der Sachen, welcher dem Eigenthum correspondirt (Eigenthumsbesitz, §. 135. fgg.), und Besitz der dinglichen Nutzungsrechte, welcher als Analogon des Besitzes von Sachen gewöhnlich Quasibesitz genannt wird (§. 192.).

Anm. 1) Eine eben so einflußreiche als verdienstvolle Bearbeitung der wichtigen Lehre vom Besitze enthält: Savigny, das Recht des Besitzes. Gießen 1803. (Vgl. die Rec. von Thibaut in der Allg. Litt. Ztg. v. 1804. Nr. 41—43.) Sechste Auflage. Gießen 1837. Vollständige Litteraturangaben daselbst S. XV—LXXII. Dazu vgl. noch Puchta im Rtsler. II. S. 41—73., und jetzt insbesondre C. G. Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848.

2) Der Begriff des Besitzes als eines rechtlich geschützten Verhältnisses thatsächlicher Rechtsausübung ist auch bei andern Rechten anwend-

bar, welchen eine dauernde oder sich wiederholende Ausübung entspricht. Bruns S. 477—486. Er ist auch wirklich im neuern Recht noch auf andre Rechte ausgedehnt worden, obwohl streitig, in welchem Umfange? Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 368—374. Aber im R. Rt kommt er nur in Anwendung auf Sachen (Eigenthum) und dingliche Nutzungsrechte vor, worauf ihn auch die Gesetzgebung der neuesten Zeit wieder zu beschränken versucht. Arndts Rec. des Hessischen Entw. in krit. Jahrb. XI. S. 804. fg. Daher findet die Lehre vom Besitze in der Lehre vom Eigenthum, beziehungsweise von den dinglichen Nutzungsrechten, ihre geeignete Stelle. Arndts a. a. O. Bruns S 486. Wenn auch der Grund des Besitzschutzes in der Achtung des in thatsächlicher Unterwerfung eines Gegenstandes sich äußernden Willens der Person, der nur dem Rechte, nicht der bloßen Willkür Andrer zu weichen braucht, zu finden ist, so genügt dies doch nicht, um das Recht des Besitzes mit P. §. 122. als ein Recht an der eigenen Person hinzustellen, G. Hasse im Rh. Mus. VI. S. 184. fg. Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. VII. S. 101. fg., noch auch wird dadurch in der systematischen Darstellung die Losreißung des Besitzes von den Rechtsverhältnissen, denen er als Factum der Rechtsausübung gegenübersteht, gerechtfertigt. Vgl. übrigens über die verschiedenen Ansichten in dieser Beziehung Savigny a. a. O. §. 6. M. §. 229.

Zweites Capitel.

Vom Eigenthum.

I. Wesen und Inhalt des Eigenthums.

§. 130.

A. Nähere Bestimmung des Begriffs.

Das Eigenthum ist seinem Grundbegriffe nach das einem Subjecte zustehende Recht vollkommener Herrschaft über eine Sache, vermöge dessen man also sagen kann, daß die Sache im Ganzen dieser Person gehöre (§. 48), und welches nach römischem Recht unbedingt gegen jeden, der ihr die Ausübung dieser Herrschaft entzieht, durch eine dingliche Klage (rei vindicatio) geltend gemacht werden kann. In dem Inhalt des Eigenthums kann man eine positive und eine negative Seite unterscheiden; jene, indem der Eigenthümer berechtigt ist, selbst in jeder beliebigen Weise, auch durch Zerstörung, über die Sache zu verfügen; diese, indem er eben so berechtigt ist, jeden Andern von

der Einwirkung auf die Sache auszuschließen. Bei dem Eigenthum an Grund und Boden erstreckt sich dieses auch auf das, was sich unter der Oberfläche befindet, wie auf den Raum über dem Grundstück, soweit der Natur der Sache nach in beiden Richtungen die ausschließliche Herrschaft eines Einzelnen sich geltend machen kann. Uebrigens ist es unnöthig, die Befugnisse des Eigenthümers näher zu bestimmen; auch die früher gewöhnliche Unterscheidung von sog. Proprietäts- und Nutzungsrechten ist eben so unfruchtbar als unsicher. Indessen schließt es den Begriff des Eigenthums nicht aus, wenn, entweder durch besonders begründete Rechte Andrer oder auch durch allgemeine Rechtsvorschrift, einzelne in der sonst unbegränzten Herrschaft enthaltene Befugnisse aus dem Eigenthum herausgenommen werden, so wenig wie der Begriff der persönlichen Freiheit dadurch aufgehoben wird, daß man die den Rechten andrer Personen entsprechenden Pflichten erfüllen und sich den allgemeinen Rechtsvorschriften unterordnen muß.

Anm. Auf das Eigenthum findet analog dasselbe Anwendung, was L. 4. pr. D. de statu hom. 1. 5. in der Definition der Freiheit andeutet: Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid (vi aut) iure prohibetur.

B. Beschränkungen des Eigenthums.

§. 131.

1) Rücksichtlich der Verfügung über die Sache.

Eine Beschränkung des Eigenthums kann entweder die positive oder die negative Seite des Eigenthums betreffen, indem der Eigenthümer entweder eine Verfügung über die Sache, die ihm kraft des unbeschränkten Rechts zustände, sich versagen oder von Seiten Andrer etwas dulden muß, was er sonst verwehren könnte. Sie kann entweder durch ein besonders erworbenes Recht einer andern Person begründet seyn (§. 126), oder auf einer Rechtsvorschrift beruhen, welche den Umfang der Eigenthumsbefugnisse im Allgemeinen beschränkt. Beschränkungen der letzten Art sind aus rechtspolitischen Gründen, namentlich in Beziehung auf das Grundeigenthum, und zwar vorzüglich im Interesse nachbarlicher Grundbesitzer, manche eingeführt. Man pflegt diese als gesetzliche Dienstbarkeiten (Legalservituten) zu be-

zeichnen. Sie sind nicht nach subjectiver Billigkeit weiter auszudehnen.

Anm. Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums sind folgende: Der Grundeigenthümer muß 1) das Ueberhängen von Baumzweigen, 15 Fuß hoch vom Boden, dulden, jedoch nicht auf ein Gebäude. Dig. de arboribus caedendis. 43. 27. cf. L. 1. Cod. de interd. 8. 1.; 2) dem Nachbar gestatten, je den dritten Tag übergefallene Früchte abzuholen. Dig. de glande legenda. 43. 27.; 3) von dem Nachbargrundstücke aus den nicht ungewöhnlich beschwerlichen Rauch u. dgl. L. 8. §. 5–7. D. si serv. vind. 8. 5. und 4) die Ausweichung der Wand des Nachbarn unter einem halben Fuß dulden. L. 17. pr. D. l. c.; auch 5) nöthigenfalls, gegen billige Entschädigung, einen Weg über sein Grundstück einräumen (Nothweg). arg. L. 14. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 12. pr. D. de religiosis. 11. 7., so wie zu öffentlichem Wege den erforderlichen Platz hergeben. L. 14. §. 1. cit.; ferner 6) Nachgrabungen nach erst zu entdeckenden Metallen oder Steinen u. dgl., ohne Beschädigung der Oberfläche, gegen Abgabe von $^1/_{10}$ des Gewinns, gestatten. L. 3. 6. Cod. de metallariis. 11. 6. cf. L. 13. §. 1. D. comm. praed. 8. 4. Sodann darf er nicht 7) dem zur Reinigung des Getreides bestimmten Platze des Nachbarn die Zugluft verbauen, L. 14. §. 1. Cod. de servit. 3. 34., noch auch 8) den natürlichen Ablauf des Regenwassers zum Schaden des benachbarten Grundstücks ändern oder hemmen. Dig. de aqua et aquae pluviae arcendae (actione). 39. 3., und kann endlich 9) angehalten werden, dem Nachbarn gefahrdrohende Gebäude oder dgl. im erforderlichen Stande zu erhalten oder andere gefährliche Anlagen zu beseitigen. Dig. de damno infecto. 39. 2. cf. L. 17. §. 2. D. si serv. vind. 8. 5. Außerdem kann der Eigenthümer der in Gebäude oder Weinberge verwendeten Materialien nicht deren Trennung verlangen, wofür ihm aber ein Anspruch auf Ersatz des doppelten Werthes gegeben ist. Dig. de tigno iuncto. 47. 3. Ueber diese und andre antiquirte Beschränkungen des Eigenthums vgl. Dirksen in der Ztschr. für gesch. Rtsw. II. 16. Puchta Curs. der Inst. II. §. 231. Seuffert Erörtr. II. S. 8. fg. B. §. 297. 298. Particularrechtlich gibt es darüber noch manche andere und abweichende Bestimmungen.

§. 132.

2) Rücksichtlich der Verfügung über das Recht.

Der Eigenthümer ist der Regel nach auch befugt, sowohl das Eigenthum im Ganzen einem Andern zu übertragen, als auch einzelne Bestandtheile desselben, die alsdann den Inhalt eines das Eigenthum beschränkenden dinglichen Rechts bilden, Andern einzuräumen. In dieser Beziehung kann aber derselbe

durch Veräußerungsverbote beschränkt seyn [a]), entweder gesetzliche, oder richterliche, oder auf einer Privat-Disposition (Vertrag oder letztwilliger Verfügung) beruhende [b]). Die Veräußerung gegen ein gesetzliches [c]) oder rechtsgültiges richterliches Verbot [d]) ist nichtig, hindert also den Uebergang des Eigenthums [e]), so daß die Sache gegen jeden Besitzer, auch von dem Veräußernden selbst, welchem jedoch nach Umständen doli exceptio entgegensteht [f]), vindicirt werden kann. Ein letztwilliges Veräußerungsverbot hat diese Wirkung nur, sofern die Veräußerung einem Vermächtniß zu Gunsten eines Dritten widerstreitet, welchem durch dieses unmittelbar vom Erblasser ein dingliches Recht gewährt wird [g]). Die einem vertragsmäßigen Veräußerungsverbot widerstreitende Veräußerung ist, höchstens einen Fall ausgenommen [h]), niemals nichtig [i]), es sey denn in Kraft einer auflösenden Bedingung (§. 128); sie begründet nur eine persönliche Klage gegen den Veräußerer, sey es auf Rückgabe [k]), oder auf das Interesse [l]), oder auf Zahlung einer verabredeten Strafe [m]). Uebrigens trifft auch das gesetzliche Verbot nicht die Veräußerung, welche, unabhängig von der Willkür des Eigenthümers oder seines Stellvertreters, kraft selbständigen Rechts eines Dritten herbeigeführt wird [n]).

Anm. Ueber die Veräußerungsverbote überhaupt und insbesondere die Frage, ob auch der Veräußerer selbst die verbotwidrig veräußerte Sache vindiciren könne? vgl. V. §. 299. Lauk in Linde's Ztschr. V. 1.

a) Inst. quibus alienare licet vel non. 2. 8. Cod. de rebus alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca. 4. 51. cf. L. 28. D. de V. S. b) L. 7. Cod. l. c. cf. L. 4. Cod. de litig. 8. 37. (§. 113. Anm. 4. h.) Dig. de fundo dotali. 23. 5. de rebus eorum. 27. 9. c) L. 5. D. l. c. L. 16. D. de fundo dotali. d) arg. L. 12. D. de usurp. et usucap. 41. 3. e) L. 3 11. 15. Cod. de praediis. 5. 71. f) L. 10. 13. D. l. c. 27. 9. L. 10. 14. 16. Cod. l. c. 5. 71. L. 17. D. de evict. 21. 2. g) L. 1. 3. §. 3. Cod. comm. de legat. 6. 43. h) L. 7. §. 2. D. de distr. pign. 20. 5. i) L. 61. D. de pactis. 2. 14. k) L. 3. Cod. de cond. ob causam dat. 4. 6. l) L. 75. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 21. §. 5. D. D. de act. emti. 19. 1. L. ult. Cod. de pact. int. emt. 4. 54. L. 135. §. 3. D. de V. O. 45. 1. m) L. 11. D. de relig. 11. 7. n) L. 1. pr. D. de fundo dot. 23. 5. L. 3. §. 1. L. 7. §. 1. D. de reb. eor. 27. 9. L. 13. D. fam. erc. 10. 2.

Brandis das. VII. S. 180—187. Schmid Hdb. §. 4. — Die Stelle, welche eine Ausnahme von der regelmäßigen Wirkung eines vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes zu statuiren scheint (not. h.), lautet nach der gewöhnlichen Lesart: „Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit? et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur,“ womit auch übereinstimmt in den Basil. L. 7. §. 2. XXV. 7. *Καλῶς ὁ δανειστὴς συμφωνεῖ, μὴ ἐξεῖναι τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον.* (Heimb. III. p. 85.) Nach Accursius lautete eine andere handschriftliche Lesart: *nullam esse pactionem* oder *conventionem, ut venditioni stetur.* Hiernach hat schon Janus a Costa ad §. 1. J. l. c. im ersten Satze emendirt: *si pactum sit a debitore, ne liceat creditori h. v.*, und diese Lesart wird als die allein haltbare vertheidigt von Puchta in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XII. 6. Inst. II. S. 648. not. l. „Die Stelle wäre das Gedankenloseste, was je ein römischer Jurist geschrieben, wenn sie in dieser Gestalt (nach der florentinischen Lesart nämlich) aus Marcian's Feder geflossen wäre.“ Dagegen vgl. wieder Sint. §. 38. not. 16. übereinstimmend mit V. S. 486. u. a., gegen diese aber Schmid S. 41. not. 22.

§. 133.

C. Miteigenthum.

Das Eigenthum kann seinem Begriff nach (§. 130) nicht gleichzeitig Mehreren an derselben Sache ungetheilt zustehen; duorum in solidum dominium esse non potest [a]). Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß eine Sache gleichzeitig nach intellectuellen Theilen im Eigenthum mehrerer Personen sich befinde, res plurium communis pro partibus indivisis sey [b]). Dieß ist gemeinschaftliches Eigenthum oder Miteigenthum (condominium), zu unterscheiden von dem Eigenthum verschiedener Personen an körperlich bestimmten oder reellen Theilen (partes pro diviso) einer Sache [c]), wie von dem Eigenthum einer juristischen Person, die eben nur ein Eigenthümer ist [d]). Ueber die gemeinsame Sache selbst oder irgend einen reellen Theil derselben zu verfügen, steht keinem Miteigenthümer allein und ausschließlich, sondern nur dem vereinten Willen aller Miteigenthümer zu [e]),

a) L. 5 §. 15. D. commod. 13. 6. b) L. 5. D. de stip. serv. 45. 3. (§. 53.) c) L. 25. §. 1. D. de V. S. d) §. 6 J. de rer. div. 2. 1. L. 6. §. 1. D. de div. rer 1. 8. e) L. 11. D. si serv. vind. 8. 5. L. 8. 27. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 28. D. comm. div. 10. 3.

unter denen sich aus diesem Verhältniß gegenseitige obligatorische Rechtsansprüche ergeben [f]). Doch ist jeder von ihnen befugt, zur Erhaltung der gemeinsamen Sache, nöthigenfalls auch ohne Zustimmung der übrigen, das Erforderliche vorzukehren, und kann von diesen für angemessene Verwendung zu jenem Zweck verhältnißmäßigen Ersatz fordern, dessen Nichtleistung, im Fall nothwendiger Ausbesserung eines gemeinsamen Gebäudes, nach einer Frist von vier Monaten sogar zur Folge haben soll, daß jener auch die Eigenthums-Antheile der säumigen Miteigenthümer erwirbt [g]). Dagegen kann jeder Miteigenthümer selbständig über das Recht seines Theileigenthums verfügen [h]), wie der einzige Eigenthümer über das Eigenthum der ganzen Sache (§. 132), jedoch nicht einseitig ein untheilbares dingliches Recht an der Sache einem Dritten einräumen, als welches auch die Antheile der Miteigenthümer betreffen würde [i]).

§. 134.

D. Arten des Eigenthums.

Mit Rücksicht auf §. 128 pflegt man widerrufliches und unwiderrufliches Eigenthum (dom. revocabile und irrevocabile), mit Rücksicht auf §§. 126. 131. 132. beschränktes und unbeschränktes (dom. limitatum und illimitatum) zu unterscheiden. Eine im ältern römischen Recht wichtige Unterscheidung zwischen streng römischem (quiritischem) und sog. bonitarischem Eigenthum ist im Justinianischen Recht beseitigt. Eine in der neuern Rechtswissenschaft üblich gewordene Unterscheidung zwischen dominium directum und dominium utile ist wenigstens im römischen Recht nicht begründet.

Anm. Ein sog. dominium utile nahmen die Glossatoren 1) in gewissen Fällen an, in welchen nach Justinianischem Recht volles wahres Eigenthum stattfindet, wenn gleich nach älterm Recht nur eine utilis rei vindicatio gegeben war, 2) in andern Fällen, beim Emphyteuta und Superficiar, wo in der That nur ein ius in re aliena vorliegt. In den

---

[f]) L. 26. D. de s. p. u. 8. 2. Dig. communi dividundo. 10. 3. [g]) L. 4. §. 3. D. l. c. L. 52. §. 10. D. pro socio. 17. 2. L. 4. Cod. de aedificiis. 8. 10. [h]) Cod. de communium rerum alienatione. 4. 52. L. un. Cod. si communis res pignori data sit. 8. 21. [i]) L. 2. D. de servit. 8. 1. cf. L. 1. §. 9. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

Fällen der letzten Art stellten sie dem dominium utile das übrig bleibende Recht des wahren Eigenthümers als dominium directum gegenüber, welches letzte dann aber zugleich wieder ein dominium utile im ersten Sinn seyn könnte. Dieser Gegensatz wurde dann auch auf verwandte Verhältnisse des neuern Rechts angewendet. Daß nun aber derselbe im römischen Recht keinen Grund hat, ist jetzt allgemein anerkannt, nach Thibaut, Versuche II. 3. Aber auch in Anwendung auf deutschrechtliche Verhältnisse ist das sog. dominium utile (Nutzeigenthum), im Gegensatz von dominium directum (Obereigenthum), ein Begriff von sehr problematischem Inhalt. Dasselbe gilt von dem deutschrechtlichen Begriff des Gesammteigenthums, welches eine Art von dominium plurium in solidum (§. 133.) seyn soll. Vgl. Duncker in der Ztschr. für deutsches Recht. II. 2. Arndts in krit. Jahrb. XI. S. 813. Schmid Hdb. I. S. 3. 15–17. II. S. 3. 58. 88. 117. P. §. 114.

II. Eigenthumsbesitz a).

§. 135.

A. Begriff und rechtliche Bedeutung des Besitzes.

Besitz einer Sache ist thatsächliche Herrschaft über dieselbe. Es gehört dazu ein äußeres Verhältniß zur Sache, welches die Gewalt über diese bedingt, die Möglichkeit, über dieselbe mit Ausschließung Andrer zu verfügen [b]. Verbindet sich damit der Wille, die Sache für sich gleich wie ein Eigenthümer unbedingt zu beherrschen (sog. animus domini), wenn auch ohne die Meinung, Eigenthümer zu seyn [c], so ist Besitz im engern Sinn, Eigenthumsbesitz, vorhanden. Dieser, obwohl an sich immer nur eine Thatsache [d], hat rechtliche Bedeutung, ist juristischer Besitz, weil er durch besondere Klagen (Interdicte) gegen eigenmächtige Störung und Entziehung geschützt ist [e]. So hat der Besitzer als solcher [f] schon ein Recht (ius possessionis), das aus der bloßen Thatsache des Besitzes hervorgeht [g], wenn auch das Recht zum Besitze (ius possidendi) einem Andern zustehen mag. Der Eigenthümer hat das Recht zu besitzen, der Besitzer übt

a) Dig. de acquirenda vel amittenda possessione. 41. 2. Cod. de acquirenda vel retinenda possessione. 7. 32. b) L. 1. pr. §. 3. D. h. t. c) cf. Theophil. ad §. 4. J. 2. 9. §. 2. J. 3. 29. Basil. 50. 2. c. 61. Harmenopul. 2. 1. §. 4. d) L. 1. §. 4. D. h. t. e) §. 3–6. J. de interdictis. 4. 15. f) L. 2. D. uti possid. 43. 17. g) L. 44. pr. D. h. t.

dieses Recht thatsächlich aus. Jenes äußere Verhältniß zur Sache kann aber auch mit beschränkterm Willen verbunden seyn, der neben sich den Eigenthumswillen einer andern Person zuläßt und anerkennt. Dieß ist wohl auch Besitz, im weitern Sinn, Detention, Inhaben der Sache; aber ein solcher Inhaber hat nicht jenes Recht des Besitzes, ist also nicht juristischer Besitzer der Sache, er detinirt diese nur im Namen eines Andern, der durch ihn besitzt [h]). Jedoch ist in einigen Fällen einem bloßen Inhaber, der nicht Eigenthumswillen hat, nämlich dem Pfandgläubiger [i]), dem Sequester [k]) und dem Precaristen, [l]) der Rechtsschutz verliehen, der regelmäßig nur mit dem Eigenthumsbesitz verbunden ist. Darin liegt eine Uebertragung des Besitzrechtes von dem eigentlichen Besitzer auf diese Personen, weßhalb dieser Besitz ganz passend abgeleiteter juristischer Besitz genannt wird. Der animus possidendi ist also hier nicht animus domini, sondern nur auf Ausübung dieses übertragenen Besitzrechts gerichteter Wille.

Anm. 1) Der Charakter des zum juristischen Besitz erforderlichen Willens wird in den byzantinischen Rechtsquellen (not. c.) treffend bezeichnet als *ψύχη δεσπόζοντος*. Den Unterschied zwischen Detention und Besitz bezeichnet Theophilus ad §. 2. J. cit. in folgender Weise: *Διαφορά τοῦ κρατεῖν* (d. i. tenere) *καὶ τοῦ νέμεσθαι* (d. i. possidere) *αὕτη· ὅτι κρατεῖν ἐστι φυσικῶς κατέχειν, νέμεσθαι δὲ τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν.* cf. ad §. 5. J. 4. 15. *Νεμόμεθα . . . καὶ δι' ἑτέρων . . . ὁποῖός ἐστιν ὁ μισθωσάμενος . . . καὶ ὁ ἔνοικος . . . ἐκείνων γὰρ κατεχόντων φυσικῶς, ἐγὼ τῷ νόμῳ νέμομαι.* — Der Ausdruck animus domini oder animus dominantis kommt in den Quellen sonst nicht vor, sondern nur animus possidendi, rem sibi habendi und ähnliche weniger bestimmte. Daher unendlicher Streit. Ueber eine Reihe vergeblicher Versuche, das Wesen des Besitzwillens anders, als oben geschehen, zu charakterisiren, vgl. Sav. §. 9, welcher mit der Bemerkung schließt (S. 15): „In allen diesen neuern Schriften ist also viele Mühe ohne Resultat, ja eigentlich ohne ein erhebliches Ziel aufgewendet worden.“ Diese Bemerkung findet auch Anwendung auf Schmidt's Abh. über den Willen und die Gränzen der Thätigkeit des Besitzers, in Linde's Ztschr. XX. 4., welche auszuführen sucht, daß dieser Wille und diese Thätigkeit nur auf den Schutz

---

[h]) §. 5. J. l. c. [i]) L. 1. §. 15. D. h. t. L. 16. D. de usucap. 41. 3. L. 35. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. [k]) L. 39. D. h. t. L. 17. §. 1. D. depos. 16. 3. [l]) L. 10. §. 1. D. h. t. L. 4. §. 1. D. de precario. 43. 26.

und Gebrauch der Sache, nicht auch (wie beim Eigenthümer) auf deren Verbrauch gerichtet seyn könne. Vgl. Bruns S. 468. fg.

2) Die Bezeichnung „abgeleiteter Besitz" rührt von Savigny her, der auch zuerst das anomale Wesen dieser Fälle klar entwickelt hat. Vgl. Bruns S. 5—17. Viele aber wollen diesen Begriff gar nicht gelten lassen, indem sie entweder den animus domini überall nicht für wesentlich halten (Anm. 1), oder „einen animus domini herauskünsteln wollen, wo er nicht ist." Sav. a. a. O. Aber auch unter denen, die diesen Begriff überhaupt zugeben, ist viel Streit über die Fälle, welche dahin gehören. Manche fügen noch den Besitz der Superficies (der nach Sav. nur iuris quasi possessio ist) und (mit Sav.) den Besitz der Emphyteuse hinzu, während Andre in diesen beiden Fällen, oder doch im letzten, weil hier animus domini vorhanden sey, juristischen nicht abgeleiteten Besitz der Sache finden wollen, und aus gleichem Grunde auch den Fall des Precarium nicht hieher rechnen. Vgl. dagegen Rudorff, zur Geschichte der Superficies, in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XI. S. 229—233, und Arndts, über den Besitz der Emphyteuse in Linde's Ztschr. n. F. III. 9.

§. 136.

B. Arten des Besitzes. Sprachgebrauch der Quellen.

Die Worte: possessio, possidere bezeichnen im weitern Sinn jede Detention [a]), vorzugsweise aber und im engern Sinn den juristischen Besitz [b]), possessio ad interdicta, auch den abgeleiteten [c]), und im Gegensatz von possessio in diesem engern Sinn wird die bloße Detention näher bezeichnet durch die Ausdrücke: tenere, naturaliter oder corporaliter tenere, naturaliter possidere oder alieno nomine possidere oder auch in possessione esse [d]). Bei dem juristischen Besitz kommt es an sich nicht darauf an [1]), ob die possessio iusta oder iniusta sey [e]), d. h. ob man auf rechtmäßige Weise denselben erlangt habe oder auf unrechtmäßige, vi, clam, precario (denn auch der precario erlangte Besitz wird iniusta possessio, sobald er auf ergangenen Widerruf nicht zurückgegeben wird [f]); eben so wenig, ob er possessio bonae fidei oder malae fidei, redlicher Besitz, Besitz in gutem

a) L. 9. D. de rei vind. 6. 1. b) L. 1. §. 23. D. de vi. 43. 16. L. 3. §. 8. D. uti possid. 43. 17. §. 5. J. de interd. 4. 15. c) L. 1. §. 15. L. 36. 37. D. h. t. L. 13. pr. L. 16. D. de usucap. 41. 3. d) L. 9. 10. 12. pr. L. 18. pr. L. 49. pr. D. h. t. §. 5. J. cit. e) L. 2. D. uti possid. 43. 17. L. 3. §. 5. L. 11. D. h. t. L. 13. §. 1. D. de Publ. act. 6. 3. f) L. 13. §. 1. cit. L. 22. §. 1. D. de noxal. act. 9. 4.

Glauben, oder unredlicher Besitz, Besitz in bösem Glauben, sey [g]), d. h. ob sich damit die Meinung, ein Recht zum Besitze zu haben, verbinde oder nicht. Aber der ex iusta causa und bona fide erworbene Eigenthumsbesitz hat die besondere Wirkung, daß er, eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzt, zum Eigenthum führt durch Ersitzung (ordentliche Ersitzung); diese possessio ad usucapionem heißt daher insbesondere civilis possessio [2]), und im Gegensatze davon wird jeder andere Besitz, juristischer oder nicht-juristischer, unter naturalis possessio verstanden [h]). Uebrigens kommt der Gegensatz von possessio iusta und iniusta [i]), bonae fidei und malae fidei [k]), auch beim Besitz im weitern Sinne vor [3]).

Anm. 1) Auf den Rechtsgrund des Besitzerwerbes bezieht sich die Regel: Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. L. 3. §. 19. 20. L. 19. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 3. D. pro donato. 41. 6. L. 6. §. 3. D. de precario. 43. 26. L. 5. Cod. h. t. L. 23. Cod de locato. 4. 65. Sie war nach älterm Recht von besonderer Wichtigkeit in Beziehung auf die usucapio pro herede. L. 2. §. 1. D. pro her. 41. 5. L. 33. §. 1. D. de usucap. 41. 3. Sav. S. 75—80, bezog sich aber nicht bloß darauf. Puchta im Rteler. II. S. 55. fg Vgl. noch Thon im Rh. Mus. IV. S. 99—113.

2) Diese Bedeutung von civilis possessio vertheidigt ausführlich Sav. §. 7 und nach ihm Thon im Rh. Mus. IV. S. 95—141. Eine andere früher gangbare Meinung, noch vertheidigt von Thibaut im civ. Arch. XVIII. 13, versteht unter civilis possessio jeden juristischen oder Interdictenbesitz; eine dritte Meinung aber, vertheidigt von Burchardi, im civ. Arch. XX. 2, und mit Vermeidung verschiedener Irrthümer desselben, von Vang. §. 199, auch angenommen von Bruns §. 4, versteht darunter den (civilrechtlich nicht gemißbilligten) Besitz mit animus domini, also nicht den abgeleiteten juristischen Besitz, aber auch nicht bloß den Usucapionsbesitz. Vgl. aber gegen Thibaut: Sav. S. 172—178 und Vang. a. a. O., gegen Burchardi: Sav. S. LI—LXVII., und gegen Vang.: Puchta de civili possessione. Lipsiae 1839 und Inst. II. §. 226. not. l. Im praktischen Resultat macht die erste und die dritte Ansicht (nach Vang.) keinen Unterschied, wohl aber die zweite, wegen der ihr zum Grunde liegenden Erklärung der L. 1. §. 9. 10. D. de vi. — De-

---

g) L. 3. §. 22. D. h. t. L. 48. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. §. 35. J. de rer. div. 2. 1. h) L. 1. §. 9. 10. D. de vi. 43. 16. L. 2. §. 1. D. pro herede. 41. 5. L. 26. D. de donat. int. v. et. u. 24. 1. L. 3. §. 15. D. ad exhibendum. 10. 4. cf. L. 24. D. h. t. L. 38. §. 7. 8. D. de V. O. 45. 1. i) L. 7. §. 8. D. comm. div. 10. 3. k) L. 22. Cod. de rei vind. 3. 32. (not. a.)

iicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. — Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit, poterit interdicto uti; non tamen, si colonus — jedoch auch diese nicht, wenn man die Erklärung dieser Stelle von Kierulff I. S. 346—350 annimmt. Uebrigens bezeichnet Theophilus Eigenthumsbesitz mit den Worten: „τῷ νόμῳ νέμομαι" (§. 135. Anm. 1), und die Basil. (§. 135. not. c.) sagen: Νομή ἐστι φυσικῶς ἡ τοῦ πράγματος κατοχή, κατὰ δὲ τούς νόμους νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή. Aber die letzte Stelle enthält eine unrichtige Uebersetzung der L. 10. Cod. h. t. (possessionis duplicem esse causam, aliam, quae iure consistit, aliam, quae corpore, utramque autem ita demum esse legitimam etc.). Anderwärts setzen die Basiliken πολιτικῶς und φυσικῶς νέμεσθαι entgegen, und dieß erklärt ein Schol. ad c. 7. Basil. 60. 17., eben mit Beziehung auf L. 1. §. 9. cit., vielmehr der ersten Meinung entsprechend: πολιτικῶς ὡς ἐξ ἀγοράσεως ἢ δορεᾶς· φυσικῶς δὲ, ὡς ὁ κακῇ πίστει νομεύς· ὁ γὰρ πολιτικός νόμος τὸν τοιοῦτον οὐκ ἐπιγινώσκει νομέα oder nach Fabrot: τήν τοιαύτην οὐκ ἐπιγινώσκει νομήν. Freilich hat der Text bei Fabrot und Heimb. καὶ ἡ πίστει; dieß ist aber mit dem Nachsatz nicht zu vereinigen.

3) Ueber sog. ficta possessio vgl. L. 25. §. 2. 8. D. de hered. pet. 5. 3. L. 25. 27. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. — Nebenbedeutungen von possessio, possessor: a) possessor, der Beklagte bei in rem actiones, entgegengesetzt dem petitor (possessoris vel petitoris partes sustinere). L. 62. D. de iud. 5. 1. L. 16. §. 4. 7. L. 35. D. de her. pet. 5. 3. L. 8. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5. b) possessio soviel als Besitzung, Grundeigenthum. L. 78. D. de V. S. L. 15. D. qui satisd. cog. 2. 8. (§. 93. Anm. 2.) Sav. S. 106—110.

§. 137.

C. Subjecte des Besitzes.

Nach dem natürlichen Begriff des Besitzes könnte jeder natürlich Willensfähige, und nur dieser, Besitzer seyn. Da aber dem Besitz als thatsächlicher Ausübung des Eigenthums eine wichtige rechtliche Bedeutung beigelegt worden, so war es einerseits folgerichtig, dem natürlich Willensfähigen, der unfähig ist, Eigenthum zu haben, auch die Fähigkeit, zu besitzen, abzusprechen; aus diesem Grunde ist nach römischem Recht der Unfreie [a]), also auch der Kriegsgefangene [b]) und derjenige, welcher zur Strafe eine ma-

---

[a]) L. 49. §. 1. L. 24. 30. §. 3. D. h. t. L. 31. §. 2. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 1. §. 6. D. h. t. L. 118. D. de R. J. [b]) L. 23. §. 1. D. h. t. L. 15 pr. D. de usucap. 41. 3. L. 19. D. ex quib. caus. mai. 4. 6.

xima capitis deminutio erlitten hat [c]), unfähig zu besitzen; andrerseits mußte man dem natürlich Willensunfähigen, der Eigenthum zu haben fähig ist, auch die Fähigkeit, Besitzer zu seyn, beilegen, damit auch Kinder, Wahnsinnige und juristische Personen der Vortheile des Besitzes theilhaftig werden könnten [d]).

Anm. Gleich dem Sklaven konnten nach älterm R. Rt auch filiifamilias nicht besitzen, L. 49. §. 1. D. h. t. Gai. II. 89., es sey denn ein in castris adquisitum. L. 4. §. 1. D. de usucap. 41. 3. Nach Justinianischem Recht sind sie überhaupt fähig, Eigenthum zu haben, daher auch zu besitzen, §. 1. J. per quas pers. 2. 9., und nur was zum (sog. profectitium) peculium gehört, besitzen nicht sie, sondern durch sie der Vater. L. 93. D. de R. J. L. 1. §. 5. D. h. t. Nach heutigem (gemeinem) Recht sind also die Beschränkungen in erster Beziehung überhaupt weggefallen (§. 28).

§. 138.

D. Gegenstände des Besitzes.

Gegenstand des Eigenthumsbesitzes, wie des Eigenthums, ist nur eine körperliche Sache [a]), und zwar folgerichtig (§. 137) nur eine solche, welche im Vermögen seyn kann [b]). Wie aber das Eigenthum auf einen intellectuellen Theil der Sache sich beschränken kann (§. 133), so auch der Besitz [c]), während [d]) dieselbe ganze Sache nicht zu gleicher Zeit im Besitze mehrerer Personen sich befinden kann [1]). Bei Grundstücken kann auch ein reeller Theil (pars pro diviso, locus certus) Gegenstand des Besitzes seyn [e]), nicht bei beweglichen Sachen [f]). Jedoch kann eine bewegliche Sache, die, obwohl als Theil einer zusammengesetzten Sache verwendet, gleichwohl noch Gegenstand besondern Eigenthums seyn kann, für den Besitzer des zusammengesetzten Ganzen ungeachtet dieser Verbindung auch besondrer Gegenstand des Besitzes bleiben [2]), während derjenige, welcher den Besitz eines zusammengesetzten Ganzen erworben, nicht auch die Bestandtheile

---

c) L. 8. §. 4. L. 17. pr. D. de poenis. 48. 19. (§. 28.). d) L. 1. §. 20. 22. L. 2. D. h. t. (§. 141.).

a) L. 3. pr. D. h. t. b) L. 30. §. 1. D. h. t. cf. L. 1. §. 6. D. ibid. c) L. 26. D. h. t. d) L. 3. §. 5. D. h. t. L. 3. pr. D. uti possid. 43. 17. L. 5. §. 15. D. commod. 13. 6. cf. L. 15. §. 4. D. de precario. 43. 26. e) L. 26. D. cit. f) L. 8. D. de rei vind. 6. 1. (§. 53.).

derselben als besondere Sachen besitzt, weil der Besitzeswille nicht darauf gerichtet erscheint [g]). Eine Sachgesammtheit dagegen (universitas rerum) ist nicht als Ganzes Gegenstand des Besitzes; nur die einzelnen Sachen sind es, aus welchen sie besteht [h]).

Anm. 1) L. 3. §. 5. cit. not. d. (Paul.). Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut, quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans, posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse; quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat; quod est verius; non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. L. 3. pr. D. cit. (Ulp.). Si duo possideant in solidum, videamus quid sit dicendum? quod qualiter procedat, videamus. Si quis proponeret possessionem iustam et iniustam; ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego. Cf. L. 5. §. 15. cit. (Ulp.). Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse. Vgl. darüber Sav. §. 11 Puchta Inst. II. S. 534—536. A. M. Kierulff I. 364. fg. — Concurrenz des Usucapionsbesitzes des Verpfänders mit dem juristischen Besitz des Pfandgläubigers: L. 16. D. de usucap. 41. 3.

2) L. 30. §. 1. cit. Labeo ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et annulum et gemmam possideri et usucapi, quum utrumque maneat integrum. Dagegen L. 23. pr. cit. Eum qui aedes mercatus est, non puto aliud quid, quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possidebit, separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit. Accedit (Flor. *accidit*) eo, quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat, in possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis (interpolirt statt *anno?*) locum esse, solum se capturum esse ampliori (*tempore?* vielleicht interpolirt statt *biennio?*). Quod absurdum et minime iuri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur: utputa, cum aedes ex duabus rebus constent, ex solo et superficie, et univer-

g) L. 23. 30. §. 1. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 30. pr. D. h. t. L. 7. §. 1. 2. D. ad exhib. 10. 4. h) L. 30. §. 2. D. de usucap. 41. 3.

sitas earum possessione temporis immobilium rerum dominium (Flor. *omnium*, vielleicht dominum) mutet. L. 30. pr. cit. Qui universas aedes possedit (Flor. *possideat*), singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possedisse. Idem dici debet et de nave et de armario. Ueber die sehr streitige Erklärung dieser Stellen vgl. Sav. §. 22. und S. LXVII—LXXII. V. §. 204. P. §. 128. Windscheid, in Sell's Jahrb. I. 12. Madai, im civ. Arch. XXV. 3. Binding, das. XXVII. 9. 15. Pape, in Linde's Ztschr. n. F IV. 6. Stephan im civ. Arch. XXXI. 10. S. 373. fg.

E. Erwerb des Besitzes.

§. 139.

1) Durch eigene Handlung.

Der Besitz ist erworben, wenn sich das äußere Verhältniß der Herrschaft über die Sache mit dem Willen zu besitzen in der Person des Erwerbenden vereinigt: apiscimur possessionem corpore et animo [a]). Die Handlung, wodurch dieser sich in jenes Verhältniß zur Sache setzt, heißt Besitzergreifung, Apprehension. Sie erfordert nicht nothwendig körperliche Berührung der Sache [b]); sie ist vollendet, wenn der Erwerber nur die gegenwärtige Möglichkeit vollständiger Einwirkung auf die Sache erlangt hat [1]), sey es mit dem Willen des bisherigen Besitzers [durch Tradition [c]), insbesondere sog. longa manu traditio [d])], sey es durch die bloße Thätigkeit des Erwerbers (Occupation), ohne Willen des bisherigen Besitzers [e]) oder rücksichtlich einer bisher besitzlosen Sache [f]). Wer bisher schon Inhaber der Sache war, kann mit dem Willen des bisherigen juristischen Besitzers durch bloße Annahme des animus domini Eigenthumsbesitz erwerben [sog. brevi manu traditio [g])], ohne Willen des bisherigen Besitzers aber nur durch eine Handlung, welche den nun angenommenen animus domini

---

a) L. 3. §. 1. D. h. t. (§. 135.). b) L. 1. §. 21. D. h. t. c) L. 1. §. 21. L. 18. §. 2. L. 51. D. h. t. L. 9. §. 6. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. L. 9. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 74. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 1. §. 2. L. 14. §. 1. D. de per. et comm. 18. 6. L. 1. Cod. de donat. 8. 54. d) L. 79. D. de solut. 46. 3. e) L. 15. D. h. t. L. 1. D. de vi. 43. 16. f) L. 5. §. 1. L. 55. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. cf. L. 3. §. 14. D. h. t. — L. 3. §. 3. L. 44. pr. ibid. L. 15. D. ad exhib. 10. 4. g) L. 9. §. 5. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. L. 62. pr. D. de evict. 21. 2. L. 9. §. 9. D. de reb. cred. 12. 1. L. 9. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. cf. L. 38. §. 1. D. h. t.

erkennbar macht [h]). Der Wille zu besitzen muß übrigens auf eine bestimmte Sache [i]), beziehungsweise auf einen bestimmten, reellen oder intellectuellen Theil [k]) einer Sache gerichtet seyn [2]).

Anm. 1) Ueber das Wesen der Apprehension und gegen die früher herrschenden Vorstellungen von fingirter oder symbolischer Besitzergreifung vgl. Sav. §. 14—18.

2) L. 32. §. 2. D. cit. Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo ait. L. 3. §. 2. cit. Incertam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente sis, ut, quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere. Sav. S. 300. not. 1.

2) Durch Stellvertreter.

§. 140.

a) Mit dem Willen des Erwerbers.

Die äußere Herrschaft über eine Sache kann für den eigentlichen Besitzer durch einen Andern ausgeübt werden (§. 135.); daher kann auch durch Handlung eines Andern der Besitz erworben werden [a]). Erforderlich ist dazu [1]) von Seiten des eigentlichen Erwerbers, daß er den Willen zu besitzen habe, welchen er im Voraus durch Befehl oder Auftrag kund gegeben haben mag [b]), von Seiten des Stellvertreters, daß er die Besitzergreifung vornehme mit dem Willen, den Besitz für jenen zu erwerben [c]). Durch Tradition jedoch wird nach der Absicht des Tradenten, welcher die Sache dem Stellvertreter für einen bestimmten Andern übergibt, diesem Letzten der Besitz erworben [d]), wenn gleich der Stellvertreter bei sich den Willen hegt, denselben für sich oder einen Dritten zu erwerben [2]). Nur ein Fall des

---

h) L. 3. §. 18. D. h. t. (§. 143.). i) L. 76. D. de R. J. cf. L. 34. pr. D. h. t k) L. 3. §. 2. L. 26. D. h. t. cf. L. 32. §. 2. D. de usucap. 41. 3.

a) L. 1. §. 5—20. L. 3. §. 12. D. h. t. L. 31. §. 2. D. de usucap. 41. 3. L. 8. Cod. h. t. Pauli sentt. V. 2. §. 1. b) L. 42. §. 1. D. h. t. Paul. l. c. §. 2. cf. L. 13. pr. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. L. 1. Cod. h. t. §. 5. J. per quas pers. 2. 9. (§. 76. Anm.). L. 34. §. 1. D. h. t. c) L. 1. §. 19. 20. cf. §. 9—11. D. h. t. d) L. 13. D. de donat. 39. 5.

Besitzerwerbs durch Stellvertreter ist das sog. constitutum possessorium, welches darin besteht, daß der bisherige juristische Besitzer erklärt, fortan die Sache im Namen eines Andern, der den Besitz erwerben will, besitzen zu wollen [e]).

Anm. 1) Paul. l. c. §. 1. Possessionem adquirimus animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. — L. 1. §. 19. 20. cit. Haec, quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis adquirere possessionem; nam si iubeas servum tuum possidere, et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio. §. 20. Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. Quum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent nobis, non possumus acquirere (Flor. *accommodarent, nobis non possunt acquirere.* Hal. *nobis accommodarent, non possunt acquirere*). — L. 42. §. 1. D. h. t. Procurator, si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem (vgl. L 1. Cod. h. t. *Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem*); quodsi sua sponte emerit, non nisi ratam babuerit dominus emtionem.

2) Der L. 13. cit. scheinen zu widersprechen L. 37. §. 6. D. de acquir. rer. dom. 41. 1., L. 43. §. 1. D. de furtis. 47. 2., L. 59. D. 41. 1. und L. 2. Cod. de his qui a non dom. 7. 10. Aber vgl. Sav. S. 353. not. 1. (unter §. 145.).

§. 141.

b) Ohne Willen des Erwerbers.

Von der Regel, welche zum Besitzerwerb durch Stellvertreter den Besitzeswillen des Erwerbers erfordert, sind folgende Ausnahmen zugelassen: 1) Kinder in väterlicher Gewalt (und nach römischem Recht Sklaven) erwerben für das Peculium (ex peculiari causa) Besitz ohne Wissen und Willen des Vaters [oder Herrn [a])]. Diese Ausnahme wird zwar erklärt durch Bezugnahme auf die in der Einräumung des Peculium enthaltene allgemeine Ermächtigung [b]), aber es wird zugleich anerkannt, daß auf solche Weise auch diejenigen Besitz erwerben können, welche das Peculium nicht eingeräumt haben oder als Willensunfähige

---

e) L. 18. pr. D. h. t. L. 77. D. de rei vind. 6. 1. L. 28. 35. §. 5. Cod. de donat. 8. 54.

a) L. 1. §. 5. L. 3. §. 12. L. 4. 24. D. h. t. L. 31. §. 3. D. de usucap. 41. 3. b) L. 1. §. 5. cit. cf. L. 44. §. 1. D. ibid.

nicht einmal einräumen könnten [c]). 2) Für Bevormundete wird durch ihre Vormünder [d]), für juristische Personen durch ihre gesetzlichen Vertreter [e]) Besitz erworben, wenn gleich jene selbst des Willens zu besitzen natürlich unfähig sind [f]). Durch diese Ausnahme ist für solche Personen das wichtige Recht des Besitzes überhaupt möglich gemacht. (§. 137.)

Anm. Ueber die Frage, ob ein Unmündiger, zumal ein Infans, auch ohne Mitwirkung des Tutors Besitz erwerben könne? vgl. L. 1. §. 3. D. h. t. Ofilius quidem et nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt; eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sunt, ut intellectum capiant. — L. 32. §. 2. D. h. t. Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit; nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus consensus est infantis accipienti possessionem. (Andere Lesart, auch in der Flor., *sensus sit infantis* (oder *infanti*) *accipiendi poss.*). Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest; item infans peculiari nomine per servum possidere potest. Die Inscription dieser Stelle lautet: *Paulus lib.* 15. *ad Sabinum,* was mit der Reihenfolge der Pandectenfragmente übereinstimmt (§. 8. Anm.); nach Angabe des Alciatus hatten aber andere Hdschr.: *Papinianus lib.* 11. *Respons.* Eine Hdschr. hat *Pomp.* — L. 3. Cod. h. t. (Imp. Decius A. Rufino) Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus (al. *effectus*), possessionem per traditionem esse quaesitam; alioquin, sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri. — Sav. §. 21. und im Syst. III. S. 49—54. Puchta über den Besitzerwerb eines Kindes im Rh. Mus. V. 3. B. §. 204. Denzinger im civ. Archiv. XXXI. 7. 13.

F. Verlust des Besitzes.

§. 142.

1) Im Allgemeinen.

Nach natürlicher Anschauung möchte man annehmen, der erworbene Besitz müsse aufhören, sobald entweder das körperliche

---

c) L. 1. §. 5. in f. L. 32. §. 1. in f. D. h. t. d) L. 1. §. 20. D. h. t. L. 13. §. 1. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. e) L. 1. §. ult. L. 2. D. h. t. f) L. 1. §. 3. 5. in f. 9—11. D. h. t. L. 26. Cod. de donat. 8. 54.

Verhältniß unmittelbarer Gewalt über die Sache oder die bewußte Richtung des Willens auf dieselbe eine Unterbrechung erleidet. Darnach würde aber der Besitz ein Verhältniß von solcher Unsicherheit und Wandelbarkeit seyn, daß es kaum statthaft wäre, mit der Existenz und Dauer desselben erhebliche juristische Wirkungen zu verbinden. Das Recht nimmt daher den Besitz als fortdauernd an, so lange nicht das Entgegengesetzte des einen oder andern der Momente (corpus oder animus), deren Vereinigung den Besitz ausmacht, eingetreten ist [a]). Daher ist der Besitz erst verloren, wenn entweder dem Besitzer die Möglichkeit entzogen ist, sich nach Belieben wieder in jenes unmittelbare Verhältniß zur Sache zu versetzen [b]), oder derselbe des Willens geworden ist, ferner nicht zu besitzen [c]). Für den Besitz von Grundstücken ist zudem noch die besondere Regel angenommen, daß derselbe durch eines Andern Occupation, wenn gleich ohne Willen, doch nicht ohne Wissen des Besitzers oder seines Stellvertreters verloren werde [d]).

Anm. L. 153. cit. Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, quum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contractum actum est. Die letzte Hälfte dieser Stelle, nur mit Quemadmodum beginnend, findet sich eben so in L. 8. cit., beide aus Paul. lib. LXV. ad Edictum. Ueber die Bedeutung des utrumque vgl. L. 10. §. 13. D. de grad. 38. 10. „per utrumque parentem, id est aut per matrem tantum aut per patrem aut per utrumque." cf. L. 16. D. de legat. II. L. 8. §. 5. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. Sav. §. 30.

§. 143.

2) Im Falle der Stellvertretung.

Wird der Besitz durch einen Stellvertreter ausgeübt, so behält ihn der Besitzer unzweifelhaft so lange, als er nicht selbst

---

a) L. 8. D. h. t. L. 153. D. de R. J. cf. L. 3. §. 6. L. 44. §. 2. D. h. t. b) L. 3. §. 11. 13. 17. L. 13. pr. 15. 25. pr. 44. pr. D. h. t. L. 5. pr. §. 4. 5. D. de acquir. dom. 41. 1. — L. 1. §. 45. 47. D. de vi. 43. 16. L. 4. §. 22. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 1. §. 14. L. 13. pr. in f. L. 15. in f. D. h. t. c) L. 3. §. 6. L. 17. §. 1. L. 18. §. 1. L. 29. cf. L. 12. §. 1. D. h. t. Dig. pro derelicto. 41. 7. — L. 33. §. 2. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 9. D. quod met. 4. 2. d) L. 3. §. 7. 8. L. 6. 7. L. 25. §. 2. L. 27. 46. D. h. t. L. 1. §. 24. D. de vi. 43. 16.

den Willen zu besitzen aufgibt und jener in dessen Namen die Sache innehat [a]). Er verliert ihn aber auch nicht dadurch allein, daß der Stellvertreter stirbt oder willensunfähig wird [b]), oder die Detention aufgibt [c]), oder den Willen faßt, fortan für sich selbst oder für einen Dritten zu besitzen, so lange sich dieser Wille nicht durch eine Handlung kund gibt, welche an sich dem bisherigen Besitzer den Besitz zu entziehen geeignet wäre [d]). Verloren aber ist ihm der Besitz, wenn dem Stellvertreter gegen seinen Willen die Detention der Sache entzogen ist [e]).

Anm. L. 12. Cod. h. t. (Justinian.). Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes definimus: ut, sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscunque rei dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, etc. Vgl. L. 40. §. 1. D. h. t. Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur (Hal. *continuaretur;* quo mortuo non statim dicendum, eum interpellari, sed tunc demum, quum dominus possessionem adipisci neglexerit. Idem (al. *Aliud)* existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit: sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit. (Der Pluralis: *haec . . . vera* spricht für die Lesart *Idem,* die auch Uebereinstimmung mit L. 12. cit. ergibt.) L. 3. §. 8. cit. . . . Quodsi servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem *(sc. fundi).* §. 9. Et si alii tradiderim (al. *Sed si alii tradiderit* oder nach Hal. *tradiderint*), amitto possessionem. Nam constat possidere nos *(sc. fundum),* donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi deiecti fuerimus (Hal. *discesserint . . . . fuerint*). — Streitfrage: ob Justinian's Decision sich nur auf den Fall beziehe, wenn der Stellvertreter den Besitz bloß verläßt? W. §. 209., oder auch auf den Fall, wenn er denselben einem Dritten übergibt? Sav. §. 33. Sie ist unerheblich in Beziehung auf bewegliche Sachen, weil hier der Besitz doch verloren ist durch contrectatio rei (auf solche bezieht sich L. 33. §. 4. cit.), erheb=

a) L. 9. D. h. t. L. 1. §. 45. D. de vi. 43. 16. cf. L. 20. D. h. t. b) L. 25. §. 1. L. 40. §. 1. D. h. t. c) L. 3. §. 8. 9. D. h. t. L. 31. D. de dolo. 4. 3. L. 12. Cod. h. t. cf. L. 31. L. 40. §. 1. D. h. t. L. 44. §. 2. D. ibid. L. 33. §. 4. D. de usucap. 41. 3. d) L. 3. §. 18. D. h. t. L. 67. pr. D. de furtis. 47. 2. cf. L. 47. D. h. t. — L. 32. §. 1. D. ibid. e) L. 1. §. 22. D. de vi. 43. 16.

lich aber für unbewegliche Sachen, weil an diesen nach der letzten Ansicht der Besitz erst verloren seyn würde, wenn der Besitzer von der fremden Besitzergreifung Kunde erhalten hat und sich dabei beruhigt oder zurückgewiesen wird. Vgl. Kierulff I. S. 398. Mit dieser Ansicht sind auch L. 40. §. 1. in f. und L. 44. §. 2. D. h. t. noch vereinbar.

III. Eigenthumserwerb. [a]

§. 144.

Das Eigenthum einer Sache erwirbt man unter verschiedenartigen thatsächlichen Voraussetzungen entweder als Rechtsnachfolger des bisherigen Eigenthümers, oder unabhängig von dem bisherigen Recht eines Andern (§. 56.). Daraus ergibt sich die wichtigste Eintheilung der Erwerbarten des Eigenthums, in abgeleitete oder derivative, und ursprüngliche oder originäre. Unter den letzten gibt es einige, die Eigenthum des Erwerbers an einer andern Sache zur Voraussetzung haben, andere sind auch davon unabhängig. Nach diesen Unterschieden sind die Erwerbarten in den folgenden §§. geordnet. Die römische Eintheilung der Eigenthumserwerbarten in natürliche und civilrechtliche (naturales oder iuris gentium und civiles acquisitiones) ist für das System des geltenden Rechts von keiner Bedeutung.

A. Abgeleiteter Erwerb des Eigenthums.

§. 145.

1) Durch Uebergabe. Tradition.

Um das Eigenthum einer Sache durch eine Handlung unter Lebenden auf einen Andern zu übertragen, genügt nach römischem Recht nicht die bloße Willenserklärung des Gebers und Erwerbers; es muß die Ueberlassung des Besitzes der Sache, Tradition, hinzukommen [a]). Durch diese, nicht durch den Vertrag allein, wird das Eigenthum erworben [1]). Die Erfordernisse dieser Erwerbart sind folgende: 1) der Geber muß, als Eigen-

---

a) §. 11—48. J. de rerum divisione. 2. 1. Dig. de acquirendo rerum dominio. 41. 1.

a) L. 20. Cod. de pactis. 2. 3. L. 50. pr. D. de rei vind. 6. 1. L. 15. Cod. eod. 3. 32.

thümer [b]) oder anstatt desselben [c]), das Eigenthum zu übertragen befugt, der Empfänger dasselbe zu erwerben fähig seyn. 2) Der Erwerber muß, in eigener Person oder durch einen Stellvertreter, den juristischen Besitz der Sache erlangen, und zwar mit dem Willen des bisherigen Eigenthümers oder desjenigen, der in dessen Namen handelt [d]). Hatte jener bisher schon den juristischen Besitz der Sache, so bedarf es freilich nur noch der Einräumung des Eigenthums, sog. brevi manu traditio [e]). Ist aber ein Dritter im Besitz, so kann der Eigenthümer wohl die Ermächtigung geben, sich den Besitz zu verschaffen, insbesondere auch seine Eigenthumsklage zu diesem Zwecke abtreten, das Eigenthum aber wird hier erst durch die wirklich nachfolgende Erlangung des Besitzes erworben [f]). 3) Die Ueberlassung des Besitzes muß in der gegenseitig erklärten Willensmeinung geschehen, das Eigenthum der Sache zu übertragen, beziehungsweise (für sich oder für einen Andern) zu erwerben [g]). In dieser Beziehung aber ist zu beachten: a) der Wille muß beiderseits auf die wirklich übergebene Sache [2]) gerichtet seyn [h]). b) Das Eigenthum wird keinem Andern erworben, als welchem der Tradent dasselbe veräußern wollte, wenn dessen Wille auf eine bestimmte Person als Erwerber gerichtet ist [i]); dieses aber braucht nicht nothwendig [k]) der Fall zu seyn [3]). c) Dem Willen der Eigenthumsübertragung liegt immer irgend eine rechtliche Absicht zum Grunde, in welcher diese vorgenommen wird, sey es, um zu schenken, oder eine Verbindlichkeit zu erfüllen, oder eine Verbindlichkeit zu begründen, causa traditionis [l]). Das Eigen-

---

b) L. 20. pr. §. 1. D. h. t. 41. 1. pr. §. 2. J. quib. alienare lic. 2. 8. (§. 132.). c) §. 42. 43. J. h. t. L. 9. §. 4. D. h. t. L. 46. eod. §. 1. J. quib. al. lic. 2. 8. (§. 127.). d) L. 5. 33. D. de poss. 41. 2. (§. 139—141.). e) §. 44. J. h. t. L. 9. §. 5. L. 21. §. 1. D. h. t. L. 46. D. de rei vind. 6. 1. f) L. 21. 47. D. de rei vind. 6. 1. L. 13. Cod. de distr. pign. 8. 28. g) §. 40. J. h. t. L. 9. §. 3. D. h. t. L. 55. D. de O. et A. 44. 7. h) L. 2. §. 6. D. pro emtore. 41. 4. L. 34. pr. §. 1. D. de poss. 41. 2. cf. L. 36. D. h. t. i) L. 13. D. de donat. 39. 5. (§. 140.). L. 43. §. 1. D. de furtis 47. 2. cf. L. 13. pr. L. 20. §. 2. L. 59. D. h. t. L. ult. Cod. si quis alteri. 4. 50. L. 2. Cod. de his qui a non dom. 7. 10. k) §. 46. J. h. t. L. 9. §. 7. D. h. t. cf. L. 5. §. 1. D. pro derelicto. 41. 7. l) L. 65. §. 4. D. ad Sc. Treb. 36. 1. (§. 80. Anm. 2.).

thum wird nicht übertragen, wenn die Veräußerung der Sache aus diesem Grunde rechtlich unstatthaft ist; es ist iusta causa traditionis erforderlich [m]). Es ist aber weder erforderlich, daß ein Rechtsgrund der Eigenthumsübertragung schon vor der Uebergabe gegeben sey [n]), noch daß überhaupt ein solcher wirklich bestehe [o]), noch auch, daß die Absicht, in welcher sie geschieht, rechtlich gebilligt sey [p]), und der Uebergang des Eigenthums wird auch dadurch nicht gehindert, daß Geber und Empfänger rücksichtlich des Grundes der Eigenthumsübertragung verschiedener Meinung sind [q]), wenn nur der Wille, Eigenthum zu übertragen, beziehungsweise zu erwerben, zusammentrifft [4]). d) Der Wille, das Eigenthum zu übertragen, kann ein bedingter seyn [r]); alsdann geht das Eigenthum, ungeachtet der geschehenen Uebergabe, erst durch Erfüllung der Bedingung auf den Empfänger über [5]). Bei der Uebergabe auf Grund des Verkaufes wird nach rechtlicher Vorschrift die Befriedigung des Verkäufers stillschweigend als Bedingung der Eigenthumsübertragung angenommen, wenn dieser nicht dem Käufer Zahlungsaufschub gestattet [s]).

Anm. 1) L. 20. Cod. cit. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Eine Ausnahme von dieser Regel (einen sog. transitus legalis) zu Gunsten der Kirchen hat man mit Unrecht zu finden geglaubt in L. 23. §. 1. Cod. de ss. eccles. 1. 2., was neuerdings noch vertheidigt wurde von Thibaut im civ. Arch. XX. 1. Vgl. dagegen B. §. 311. Anm. 4. Mag aber auch mit Recht die bei dieser Gelegenheit von Thibaut geäußerte Ansicht, jene Regel sey „das Kahlste auf der Welt" und eine bloße „Albernheit", mißbilligt werden, so ist es andrerseits nicht minder falsch, daraus das Princip zu machen, daß durch Verträge „nur Obligationsverhältnisse", also überhaupt keine dingliche Rechte entstehen können. — Besser begründet scheint eine andere

m) L. 5. §. 18. L. 36. pr. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 1. §. 2. D. pro donato. 41. 6. Ulp. XIX. 7. n) L. 9. §. 4. D. h. t. L. 10. D. de donat. 39. 5. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 2. pr. §. 2—4. D. de reb. cred. 12. 1. Dig. de cond. causa data. 12. 4. cf. L. 31. D. h. t. o) L. 6. Cod. si quis alt. 4. 50. Dig. de cond. indeb. 12. 6. p) L. 5. §. 1. D. de cond. sine causa. 12. 7. L. 1. §. 2. L. 2. D. de cond. ob turpem caus. 12. 5. q) L. 36. D. h. t. cf. L. 55. D. de O. et A. 44. 7. L. 18. pr. D. de reb. cred. 12. 1. r) L. 38. §. 1. in f. D. de poss. 41. 2. L. 2. §. 5. D. de donat. 39. 5. s) §. 41. J. h. t. L. 19. 53. D. de contrah. emt. 18. 1.

Ausnahme, rücksichtlich der Entstehung des Miteigenthums bei der societas omnium bonorum, nach L. 1. §. 1. L. 2. D. pro socio. 17. 2. In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur (Paul.); quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenisse (Gai.); doch hat man auch diese durch Annahme eines Constitutum possessorium (§. 140) zu erklären versucht. Savigny, Rt. des Besitzes. S. 374.

2) Streitig ist es, ob auch ein Irrthum über das Eigenthum den Uebergang desselben hindern könne? L. 35. D. h. t.: Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit. Auf den Fall eines error in corpore wird diese Stelle gedeutet von Thibaut Vers. II. 4. Nr. II. Sav. III, S. 355. not. b., aber nicht entsprechend ihrer Fassung. W. §. 311. Anm. 3. P. §. 148. not. i. Auch nöthigt nicht dazu L. 49. D. mand. 17. 1. Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo; mandatu meo eum Titius vendidit, quum ignoraret suum esse; vel contra, ego vendidi illius mandatu, quum forte is, cui heres extiterit, eum emisset: de iure evictionis et de mandato quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur, et adversus venditionem *(venditorem)* testatoris sui habet ex emto iure hereditario actionem. M. §. 246. not. 14. Göscher II. 1. S. 171. Vgl. noch L. 15. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. Si rem meam mihi ignoranti vendideris et iussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum (Vulg. *in eum*) transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire; et ideo etiamsi donaturus mihi rem meam iussu meo alii tradas, idem dicendum erit.

3) L. 9. §. 7. h. t. Hoc amplius interdum et in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem, ut ecce, qui missilia iactat in vulgus, etc. Demnach kann auch der Stellvertreter, der in dieser Absicht die Sache empfängt, dem Mandanten sofort Eigenthum erwerben, wenn gleich der Tradent von dem Auftrag nichts weiß, womit die Stellen in not. i. nur scheinbar im Widerspruch stehen. Puchta de dominio rerum per procuratorem adquirendo disputatio. Lipsiae 1842. 4to. Dagegen wird dem Mandanten, welchem der Tradent es zugedacht hat, das Eigenthum erworben, wenn gleich der Bevollmächtigte für sich die Absicht hegt, dasselbe für einen Andern oder für sich selbst zu erwerben, L. 13. D. de donat., und es wird gar nicht veräußert, wenn ein bloß angeblicher Stellvertreter in solcher Absicht die Sache übernimmt, während der Tradent nur in der Absicht, der angeblich vertretenen Person das Eigenthum zu übertragen, dieselbe übergibt. L. 43. §. 1. cit. — Einige Fälle aber gibt es, wo Jemand ausnahmsweise für

einen Andern erwirbt, ohne dessen Stellvertreter seyn zu wollen, nämlich: a) Mündel können die Sachen, welche der Vormund mit ihrem Gelde für sich angeschafft hat, vindiciren. L. 2. D. quando ex facto tut. 26. 9. L. 3. Cod. arb. tut. 5. 51. b) Eben so Soldaten die mit ihrem Gelde erkauften Sachen. L. 8. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 2. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. c) Die Frau kann im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Mannes die Sachen vindiciren, welche dieser mit Dotalgeld oder mit dem von ihr geschenkten Gelde für sich angeschafft hat, sofern diese noch vorhanden sind. L. 54. D. de iure dot. 23. 3. L. 55. D. de donat. int. v. et. u. 24. 1.

4) L. 36. cit. (Julian. lib. XIII. Dig.). Quum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio; veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi; nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. Dagegen: L. 18. pr. cit. (Ulp. lib. VII. disput.). Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse; sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. Quare si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sint consumti. Ueber die manchfaltigen Vereinigungsversuche vgl. Regenbrecht Comm. ad L. 36. D. de acquir. rer. dom. et L. 18. D. de reb. cred. Berolini 1820., insbesondere über die ältere Litteratur, das. pag. 69—109. Seuffert Erörtr. II. S. 23—27. W. §. 311. Anm. 3. P. §. 148. not. h. und Vorles. I. S. 447. Schmid Hdb. §. 8. not. 29. Die meisten betrachten die L. 36. als die entscheidende Stelle und finden in L. 18. höchstens eine Ausnahme oder Modification der in jener ausgesprochenen Regel. Durch eine künstliche Erklärung der L. 36. cit. sucht dagegen wieder zu helfen Wetzell, Diss. „Lex XII. tabb. rerum furtivarum usucapionem prohibet.“ Monachii 1840. pag. 64—68.

5) Ein solcher Vorbehalt ist das sog. pactum reservati dominii, besonders beim Verkauf üblich. Vgl. Duncker im Rh. Mus. V. 4. W. §. 311. Anm. 2. Schmid §. 8. not. 77.

§. 146.

2) Durch richterlichen Zuspruch.

In den drei sog. Theilungsprocessen (§. 97. Anm. 5. §. 99. not. a.) kann der Richter nach Umständen einer Partei das Alleineigenthum der bisher gemeinschaftlichen Sache, beziehungsweise des streitigen Gränzstriches, oder eines reellen Theiles

davon zusprechen, adiudicare [a]). Dieß Eigenthum wird unmittelbar durch den rechtskräftigen richterlichen Zuspruch erworben [b]), vorausgesetzt, daß die streitenden Theile ausschließlich Eigenthümer der fraglichen Sache waren [c]).

§. 147.

3) Durch Verwirkung des bisherigen Eigenthümers.

Aus gewissen Gründen verliert der Eigenthümer sein Eigenthum ohneweiters zu Gunsten einer bestimmten andern Person. So der Eigenthümer nicht verzollter Sachen (commissa) zu Gunsten des Zollberechtigten [a]), ausgenommen, wenn die Versäumniß der Zollentrichtung durch Irrthum entschuldigt wird [b]), oder der Eigenthümer ein Soldat ist [c]), oder ein Unmündiger, für welchen binnen 30 Tagen der Zoll nachbezahlt wird [d]); durch den Ablauf von 5 Jahren verjährt dieser Anspruch [e]). So ferner der Miteigenthümer eines Hauses wegen versäumter Erstattung seines Antheils an nothwendig gewesenen Reparaturkosten zu Gunsten des Miteigenthümers, welcher dieselben aufgewendet hat [f]); sodann der Parens, welcher eine andere Ehe eingeht, zu Gunsten seiner Kinder aus früherer Ehe, rücksichtlich gewisser Sachen, an welchen ihm nur der Nießbrauch verbleibt [g]).

§. 148.

4) Andere Fälle.

Andere Fälle abgeleiteten Eigenthumserwerbes kommen wegen ihres Zusammenhangs mit besondern Rechtsverhältnissen an andern Orten vor; so namentlich der Erwerb durch Erbfolge und Vermächtniß im fünften, der Erwerb durch missio in possessionem damni infecti nomine, sodann durch impetratio dominii wegen Pfandrechts, im vierten Buche.

---

a) §. 4—6. J. de off. iud. 4. 17. L. 12. §. 2. L. 16. §. 1. L. 36. L. 44. §. 1. L. 47. pr. L. 55. D. fam. erc. 10. 2. b) §. 7. J. l. c. cf. Ulp. XIX. 16. L. 45. D. de pactis. 2. 14. c) arg. L. 17. D. de usucap. 41. 3. L. 7. pr. D. de Publ. act. 6. 2.

a) Dig. de publicanis et vectigalibus et commissis. 39. 4. Cod. de vectigalibus et commissis. 4. 61. b) L. 16. §. 6. 10. D. l. c. c) L. 3. Cod. l. c. d) L. 7. §. 1. D. l. c. e) L. 2. Cod. l. c. f) §. 133. not. g. g) nov. 22. cap. 23—26. 46.

B. Ursprünglicher Erwerb.

1) Mit Rücksicht auf bisheriges Eigenthum des Erwerbers.

§. 149.

a) Erwerb der Erzeugnisse.

Das Eigenthum der Erzeugnisse einer Sache fällt der Regel nach, sobald sie durch Trennung von dieser als selbständige Sachen ins Daseyn treten, von selbst dem Eigenthümer der erzeugenden Sachen zu, dem sie bisher als Bestandtheile derselben gehörten [a]). Dieser Erwerb kann jedoch durch ein Recht Anderer auf den Fruchterwerb ausgeschlossen werden (§. 156.).

b) Erwerb durch Verbindung.

§. 150.

Durch Verbindung einer Sache mit einer andern Sache kann der Eigenthümer der letzten auch Eigenthum an der ersten erwerben, wenn die Verbindung von der Art ist, daß die verbundene Sache ihr bisheriges abgesondertes, selbständiges Daseyn völlig verliert. Dieser Erwerb gestaltet sich verschieden, je nachdem die beiden verbundenen Sachen in gleichem Verhältniß zu einander stehen (Erwerb durch Vermischung), oder im Verhältniß von Haupt- und Nebensache (Erwerb durch nebensächliche oder accessorische Verbindung).

§. 151.

α) Durch Vermischung.

Wenn Sachen verschiedener Eigenthümer nach Uebereinkunft derselben vermischt werden, so erhalten diese Miteigenthum an dem dadurch entstandenen Ganzen, wofern nicht etwas anderes besonders bestimmt ist. Eine besondere Erwerbart ist darin nicht enthalten [a]). Wenn aber die Sachen ohne Uebereinkunft, es sey einseitig von dem Eigenthümer der einen Sache allein, oder von einem Dritten, oder durch bloßen Zufall mit einander vermischt [b])

---

[a]) §. 19. J. h. t. L. 2. 6. D. h. t. L. 25. pr. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 5. §. 2. D. de rei vind. 6. 1. (§. 55. not. b. c.).

[a]) §. 27. J. h. t. L. 7. §. 8. D. h. t. [b]) §. 27. in f. J. h. t. L. 7. §. 9. D. h. t.

und nicht wieder von einander zu scheiden sind [c]), so entsteht eben dadurch, auch ohne solche Absicht, Miteigenthum für die Eigenthümer der verbundenen Sachen, nach Verhältniß des Werthes derselben [d]), es möchte denn eine Specification vorliegen, welche das Eigenthum des (durch Vermischung ungleichartiger Substanzen) entstandenen neuen Ganzen dem Specificanten gibt [e]). Sind jedoch die Sachen nur unter einander gemischt, ohne körperlich in einander überzugehen, z. B. Getreide, so bleibt eigentlich jedem Eigenthümer sein gesondertes Eigenthum, und nur theilweise tritt ein ähnlicher Erfolg wie in jenem Falle ein, sofern die Ausscheidung der jedem Eigenthümer gehörenden Sachen thatsächlich nicht zu bewirken ist [f]). Eine Ausnahme gilt für Geldstücke; man erwirbt das Eigenthum derselben, sobald man sie mit seinem Gelde vermischt hat [g]).

Anm. Die Römer gebrauchen die Worte confusio und commixtio promiscue; die Neuern verstehen unter confusio, Vermischung im e. S., vorzugsweise die Vermischung flüssiger oder flüssiggemachter Sachen (not. b—e.), unter commixtio, Vermengung, die Vermischung trockener Körper (not. f. g.).

§. 152.

β) Durch nebensächliche Verbindung.

Eine solche (sog. Adjunctio) kann vorkommen: 1) als Verbindung einer beweglichen mit einer andern beweglichen Sache. Ist diese von der Art, daß die eine als bloßer Bestandtheil der andern in dieser aufgeht (und dieses darf man annehmen, wenn sie von dieser nicht wieder oder doch nicht unversehrt getrennt werden kann), so fällt das Eigenthum der Nebensache unwiderruflich dem Eigenthümer der Hauptsache zu [a]); im andern Fall bewirkt die Verbindung nur eine Beschränkung in der Ausübung des Eigenthums, indem hier zuvor Trennung der verbundenen Sachen erwirkt werden muß (durch die actio ad exhibendum),

---

c) L. 5. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. L. 12. §. 1. D. h. t. d) L. 3. §. 2. L. 4. D. de rei vind. 6. 1. e) L. 5. §. 1. cit. L. 27. §. 1. D. h. t. (§. 155.). f) §. 28. J. h. t. L. 5. pr. cit. g) L. 78. D. de solut. 46. 3.

a) §. 33. 34. J. h. t. L. 9. §. 1. 2. D. h. t. L. 23. §. 2—5. D. de rei vind. 6. 1.

um das Eigenthum an der Nebensache gegen den Eigenthümer der Hauptsache geltend zu machen [b]). Welche Sache aber als Haupt- oder Nebensache zu betrachten sey, das ist darnach zu beurtheilen, welche für sich ohne die andere bestehen kann [c]), oder dem Ganzen am meisten gleichkommt, oder als diejenige erscheint, für welche die andere bestimmt ist [d]), oder endlich, welche für sich von höherm Werthe ist [e]). 2) Als Verbindung einer beweglichen mit einer unbeweglichen Sache. Hier erwirbt der Eigenthümer der letzten das Eigenthum der ersten, wenn diese durch die Verbindung ein Bestandtheil des Grundstücks wird. Dieß aber ist der Fall bei einem durch den Fluß angeworfenen Stück Landes (avulsum), sobald es mit dem Grundstück verwachsen ist [f]), bei Pflanzen, sobald sie in demselben Wurzeln geschlagen haben [g]) (plantatio) und bei dem Gebäude, welches auf demselben errichtet worden (inaedificatio), bei diesem jedoch nur als Ganzem, nicht rücksichtlich der einzelnen Materialien, aus denen es besteht, als einzelnen Sachen [h]), deren Vindication indessen durch die Verbindung mit dem Gebäude, so lange sie besteht, gehemmt wird.

Anm. Die Bestimmungen des R. Rts über diesen an sich schwierigen Gegenstand sind in mehrfacher Beziehung unbefriedigend. Vgl. Arndts in krit. Jahrb. XII. S. 818—822. Man bemerke: 1) es fehlt an einer genauen Bestimmung darüber, wann die eine Sache durch die Verbindung ihre Selbständigkeit völlig verliere? Nur eine Andeutung gibt L. 23. §. 3. cit. in den Worten: necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest; eine andere speciellere L. 23. §. 5. cit. (not. a.): Item quaecunque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest; sed ad exhibendum

---

b) L. 23. §. 5. cit. cf. L. 27. pr. D. h. t. L. 30. §. 1. in f. D. de usucap. 41. 3. L. 6. 7. D. ad exhib. 10. 4. c) L. 23. §. 3. cit. §. 33. J. h. t. cf. §. 34. J. eod. d) L. 26. §. 1. D. h. t. §. 26. J. h. t. L. 61. D. de rei vind. 6. 1. L. 19. §. 13—16. L. 20. D. de auro leg. 34. 2. e) L. 27. §. 2. D. h. t. f) L. 7. §. 2. D. h. t. §. 21. J. h. t. g) §. 31. 32. J. h. t. L. 7. §. 13. L. 9. pr. L. 26. §. 2. D. h. t. L. 2. 11. Cod. de rei vind. 3. 32. cf. L. 5. §. 3. D. eod. 6. 1. (§. 50. not. c.). — L. 8. D. h. t. L. 83. D. pro socio. 17. 2. L. 19. pr. D. comm. div. 10. 3. (§. 53. Anm. 4.). h) §. 29. 30. J. h. t. L. 7. §. 10—12. L. 28. cf. L. 60. D. h. t. L. 16. Cod. de rei vind. 3. 32. (§. 50. not. d.). — L. 23. §. 7. D. de rei vind. 6. 1. L. 7. §. 2. D. de except. rei iud. 44. 2.

agere potest, ut separentur et tunc vindicentur, excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi, et, quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. Vgl. Schmid §. 10. not. 104.

2) Ungleich sind die Aussprüche der Quellen darüber, ob dann, wenn die Verbindung das Eigenthum nicht unwiderruflich entzieht, doch einstweilen dasselbe ausgeschlossen sey, der Eigenthümer der Hauptsache also das, obwohl auflösbare, Eigenthum der verbundenen Sache habe, oder ob auch inzwischen der Eigenthümer der letzten sein Eigenthum behalte und nur in der Vindication beschränkt sey? Vgl. L. 23. §. 5. cit. Ea, quamdiu cohaerent, *dominus* vindicare non potest. L. 27. §. 10. cit. (Gai.). Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desiit eius dominus esse, sed tantisper neque vindicare potest, etc. Dagegen L. 2. Cod. cit. (not. g.). Si vero fuerit dissolutum *(aedificium)*, eius materia *ad pristinum dominum redit*. L. 59. D. de rei vind. (Julian.) Simulatque inde demta essent, continuo in pristinam causam reverti. L. 23. cit. §. 7. (Paul.) Caementa autem resoluta *prior dominus* vindicabit. Theophil. ad §. 29. J. h. t. *Ἐκείνου δήλου ὄντος, ὅτι ὁ τῆς ὕλης δεσπότης οὐκ ἐκπίπτει τῆς δεσποτείας εἰς τὸ διηνεκές, ἀλλ᾽ ἐφ᾽ ὅσον ἕστηκε τὸ οἰκοδόμημα, οὔτε τὴν* in rem *κινεῖν . . . δύναται.* Indessen ist diese Differenz sachlich unbedeutend; gewiß ist, daß der Eigenthümer der Hauptsache in und mit dieser einstweilen auch die verbundenen Sachen als deren Bestandtheile vindiciren kann, das Sondereigenthum an diesen also höchstens als sog. dominium dormiens besteht.

3) Ungenügend und inconsequent sind die Entscheidungen darüber, welche von mehreren beweglichen Sachen als Haupt- oder Nebensache zu betrachten sey? Als unzweifelhaft wird angenommen, daß die Schrift dem Papier folge (licet aureae litterae sint). Ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem scripsero, huius corporis (Hal. *operis*) non ego, sed tu dominus esse intelligeris. L. 9. §. 1. D. h. t. Dasselbe behauptet Paulus mit andern vom Gemälde im Verhältniß zur Tafel; denn necesse est, ei rei cedi (Hal. *cedere id)*, quod sine illa esse non potest. L. 23. §. 3. cit. Aber quidam contra senserunt (§. 3. cit.); ex diverso placuit (wahrscheinlich den Sabinianern), tabulas picturae cedere. L. 9. §. 2. D. h. t. (Gai.). Und diese Meinung ist von Justinian gebilligt: *nobis* videtur melius esse, tabulam picturae cedere; ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. §. 34. J. h. t. Wenn Puchta §. 164. Inst. II. S. 661. das letzte allein für das an sich Richtige erklärt, die Entscheidung in Betreff der Schrift als sachwidrig tadelt, indem er als Regel aufstellt: „Hauptsache ist, für welche die andere bestimmt und um deren willen sie vorhanden ist," so mag man

dieß der Natur der Sache entsprechend finden; aber das R. Rt behandelt gerade die gebilligte Entscheidung über Gemälde als eine eigentlich inconsequente Ausnahme; cuius diversitatis vix idonea ratio redditur. Gai. II. 78. vgl. Anm. 4. c. — Daß bei dem Daguerreotypbilde die Silberplatte die Hauptsache sey, wird ausgeführt von Madai im civ. Arch. XXVI. 8. Nr. II. — Bei einem Schiff gilt der Kiel als die Hauptsache. L. 61. D. h. t. Allgemeine Andeutungen geben L. 26. §. 1. h. t. „in quibus propria qualitas rei spectaretur (Flor. *qual. exspectaretur*), si quid additum erit, toto cedit, ut statuae pes etc." L. 19. §. 13. cit. (not. d) „ei enim cedit, cuius maior est species. Semper enim cum quaerimus, quid cui cedat, illuc spectamus, quid cuius rei ornandae causa adhibetur, ut accessio cedat principali. Cedent igitur gemmae phialis" etc.

4) Der Eigenthümer der Hauptsache macht durch den Zuwachs der Nebensache auf Kosten ihres Eigenthümers einen Gewinn; es ist billig, daß diesem dafür Entschädigung werde. Diese kann er,

a) und zwar in vollem Maße, durch die gewöhnlichen Rechtsmittel erlangen, wenn ihm durch unerlaubte Handlung die Nebensache entzogen ist, z. B. durch die Diebstahlsklagen, wenn sie entwendet ist, durch die actio ad exhibendum gegen denjenigen, welcher dolo malo die Verbindung vorgenommen hat. Eben so durch Contractsklage, wenn die Verbindung vertragsmäßig geschehen ist. Er kann sie

b) unter dem Gesichtspunkt des Ersatzes für nützliche oder nothwendige Verwendungen, durch doli exceptio gegen die rei vindicatio sich verschaffen, wenn er sich im Besitze befindet (§. 102. a. E.).

c) Ist der Gegner im Besitze, so wird ihm in subsidium eine actio in factum gegeben, L. 23. cit. §. 5., jedoch nach strenger Ansicht des R. Rts nur, wenn die Verbindung nicht von ihm selbst herrührt. L. 33. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 14. D. de doli except. 44. 4.

d) Beim Gemälde wird dem bisherigen Eigenthümer der Tafel utilis rei vindicatio gegen den im Besitz befindlichen Maler gegeben; dieser kann jedoch, wenn er in bona fide war, doli exceptio entgegensetzen, falls jener nicht den Werth der Malerei ersetzen will, und kann jene Klage jedenfalls ausschließen, wenn er nur den Werth der Tafel ersetzt, wie er unter gleicher Bedingung als Nichtbesitzer selbst directam rei vindicationem anstellen kann. L. 9. §. 2. h. t. §. 34. J. h. t. Manche kehren die Sache um, Schmid not. 99—102., und führen dadurch das Ridiculum, das Justinian von sich stößt, durch die Hinterthür wieder ein. Jene utilis vindicatio soll nur dazu dienen, dem Eigenthümer jedenfalls wenigstens den vollen Werth der Tafel zu verschaffen.

e) Eine utilis in rem actio gewährten einige Juristen auch dem Eigenthümer des in ein fremdes Grundstück verpflanzten Baumes, L. 5. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant, während anderwärts für diesen Fall die Vindication verneint wird. L. 9. §. 2. de damno inf. 39. 2. Vgl. Schmid not. 87.

f) Einer besondern Entschädigungsklage bedarf es nicht, wenn noch Trennung der verbundenen Sache gefordert werden kann (not. b.). Aber bei verbauten, deßgleichen bei in Weinbergen verwendeten, Materialien (tignum iunctum aedibus vineave) findet nach den XII. tabb. die Klage auf Trennung (ad exhibendum actio) nicht statt, obgleich deren Eigenthum nicht unwiderruflich entzogen ist; der Eigenthümer kann nur die ohnedieß wieder getrennten Sachen vindiciren (not. h.), nicht aber die Trennung selbst erwirken. Statt dessen ist ihm eine eigene Klage auf doppelten Ersatz des Werthes derselben gegeben (actio de tigno iuncto. §. 130. a. E.), dessen Erlangung aber, wenn der Gegner mala fide die Verbindung vorgenommen hatte, die Vindication nach der Trennung nicht ausschließt. L. 1. 2. D. de tigno iuncto. 47. 3. L. 98. in f. D. de solut. 46. 3. §. 29. J. h. t. Ueber die streitigen Voraussetzungen und Wirkungen dieser Klage vgl. Huschke, ad leg. XII. tabb. de tigno iuncto comment. Vratislaviae 1837. Puchta in Linde's Ztschr. XI. 10. V. §. 300. Schmid §. 10. S. 137. fg.

g) Der Anspruch auf Ersatz wie die sonst künftig noch mögliche Geltendmachung des Eigenthums fällt weg, wenn die Verbindung donandi animo geschehen ist. L. 2. Cod. de rei vind. 3. 32. Nach andern Stellen scheint dieß überhaupt bei wissentlichem Bauen auf fremdem Boden als Regel angenommen zu werden. L. 7. §. 12. D. h. t. §. 30. J. h. t. Schmid not. 67. 68.

h) Bei dem avulsum (not. f.) ist von Entschädigung des Verlierenden keine Rede; dieser hätte den Verlust durch zeitige Rückforderung abwenden können. Schmid not. 12–18.

§. 153.

c) Zuwachs der Grundstücke durch Aenderung des Flußbetts.

Das Eigenthum der durch einen öffentlichen Fluß begränzten Grundstücke kann eine Erweiterung erhalten durch Aenderung des Flußbetts, welches als natürliche Fortsetzung jener betrachtet wird, die nur zur Zeit durch den Fluß als res publica ihnen entzogen ist. Verläßt dieser sein Bette ganz (alveus relictus), oder erhebt sich dieses theilweise über die Wasserfläche (insula in flumine nata, nicht eine bloß schwimmende Insel), so fällt das Eigenthum daran von selbst den Ufereigenthümern zu, entsprechend der Flußgränze der einzelnen Grundstücke, und unter den Eigenthümern beider Ufer getheilt durch die Mittelinie des Flusses [a]). Tritt dieser nur von einem Ufer weiter

a) §. 22—24. J. h. t. L. 7. §. 3—6. D. h. t. L. 29. 30. pr. §. 1. 2. L. 65. §. 1—3. eod. L. 1. §. 6. 7. D. de flum. 43. 12.

zurück, so rücken die Grundstücke dieses Ufers um so viel weiter vor, so wie sie auch durch allmäliche Anschwemmung (alluvio) erweitert werden [b]). Die entstandene Insel hat in diesen Beziehungen nach beiden Seiten hin dasselbe Recht, wie jedes andere vom Fluß begränzte Grundstück [c]), und kann durch Anschwemmung an allen Gränzen erweitert werden [d]).

Anm. 1) L. 7. §. 3. cit. Insula . . . in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam est; quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Der letzte Satz ist von dem Fall zu verstehen, wenn die ganze Insel mit allen ihren Theilen dem einen Ufer näher liegt, arg. Gai. II. 72. „si vero non sit in medio flumine" etc. Vgl. übrigens L. 29. h. t. „. . . insula . . . non pro indiviso communis fit, sed pro regionibus quoque divisis." (§. 53.)

2) L. 7. §. 5. in f. D. h. t. Cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non tamen is, cuius is ager fuerat, stricta ratione quidquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager, qui fuerat, desiit esse amissa propria forma, et quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere; sed vix est, ut id obtineat (factisch oder rechtlich?). Schmid §. 10. not. 40.

3) L. 65. §. 4. D. h t. Labeo libro eodem: si id, quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet. Ist zu verbessern: *non, si id etc.?* B. §. 328. Anm. 1. P. Vorles. §. 165. Schmid not. 22. Vielleicht wollte Labeo durch seine Bemerkung nur die Behauptung abweisen, daß das in einem öffentlichen Flusse künstlich Erbaute nothwendig res publica sey; vgl. L. 14. 15. 34. §. 4. D. h. t. Dig. de flum. 43. 12., ne quid in flum. publ. 43. 13.

4) Unpractische Sätze enthalten L. 16. D. h. t. In agris limitatis alluvionem locum non habere constat; L. 1. §. 6. 7. D. de flum. Si insula in flumine publico fuerit nata . . . . aut occupantis est, si limitati agri fuerunt. — Si limitatus est ager, occupantis alveus fiet.

b) §. 20. J. h. t. L. 7. §. 1. cf. L. 12. pr. L. 30. §. 1. in f. §. 3. D. h. t. c) L. 56. §. 1. L. 65. §. 3. D. h. t. d) L. 7. §. 1. L. 56. pr. D. h. t.

2) Unabhängig vom bisherigen Eigenthum des Erwerbers.

§. 154.

a) Besitzergreifung herrnloser Sachen.

Das Eigenthum einer zwar eigenthumsfähigen, aber zur Zeit herrnlosen Sache wird durch Erwerb ihres Besitzes erworben, res nullius cedit occupanti [a]). Als herrnlose Sachen aber gelten unter andern [b]): 1) wilde Thiere [1]), die sich in ihrer natürlichen Freiheit erhalten oder dieselbe wieder erlangt haben [c]); 2) Sachen, die sich in der Gewalt der Feinde befinden [d]), in welcher Beziehung jedoch das heutige Recht vom römischen wesentlich abweicht [2]); 3) vom Eigenthümer preisgegebene Sachen [3]), res derelictae [e]); 4) Schätze, d. i. seit längerer Zeit verborgene Gegenstände von Werth, als deren Eigenthümer sich jetzt Niemand mehr ausweisen kann. Darüber aber gelten folgende besondere Bestimmungen [f]): der Schatz wird zwar, gleich andern herrnlosen Sachen, durch Besitzergreifung erworben [g]); allein wenn derselbe auf einem fremden Grundstück gefunden ist, so gebührt er zur Hälfte, oder, wenn absichtlich ohne Erlaubniß des Eigenthümers darnach gesucht wurde, ganz dem letzten, und wenn derselbe in eigenem oder herrnlosem Boden unter Anwendung böser Künste oder andrer unerlaubter Mittel gefunden wurde, so soll er ganz dem Fiscus zufallen [4]).

Anm. 1) Ueber das Verhältniß der betreffenden Bestimmungen des R. Rts zum heutigen Jagdrecht: P. Vorles. §. 154. Schmid Hdb. §. 7. not. 5—37. Holzschuher II. 1. S. 130. fg.

2) Ueber die heutigen völkerrechtlichen Bestimmungen Schmid §. 7. not. 67—88.

3) Verschieden von derelinquirten sind verlorene Sachen, — L. 43. §. 7. 8. cit. Walther, über den Funddiebstahl. München 1848. — ferner zur Rettung auf der See ausgeworfene Sachen. L. 9. §. 8. cit. Ueber das sog. Strandrecht vgl. Auth. Frid. *Navigia* ad L. 18. Cod. de

---

a) L. 3. pr. D. h. t. b) §. 18. J. h. t. L. 7. §. 3. D. h. t. L. 1. §. 1. D. de poss. 41. 2. c) §. 12—16. J. h. t. L. 1. §. 1. — L. 5. L. 55. D. h. t. cf. L. 44. eod. d) §. 17. J. h. t. L. 5. §. 7. L. 51. §. 1. D. h. t. (§. 127. not. b.). e) §. 47. 48. J. h. t. L. 9. §. 8. D. h. t. Dig. pro derelicto. 41. 7. cf. L. 43. §. 4—11. D. de furtis. 47. 2. f) §. 39. J. h. t. L. 31. §. 1. L. 63. D. h. t. L. un. Cod. de thesauris. 10. 15. cf. L. 3. §. 10. 11. D. de iure fisci. 49. 14. Theod. Cod. 10. 18. g) L. 3. §. 3. D. de poss. 41. 2.

furtis. 6. 2. Schmid not. 47–49. — Eine besondere Bestimmung enthält das R. Rt in Ansehung steuerpflichtiger Grundstücke, welche der Eigenthümer wüst liegen läßt. Sie sollen demjenigen zufallen, der sie anbaut und nicht binnen zwei Jahren von jenem wegen der gemachten Verwendungen und Ausgaben entschädigt wird. L. 8. Cod. de omni agro deserto. 11. 58. Sowohl über den Sinn dieser Vorschrift als deren heutige Anwendbarkeit sind die Meinungen verschieden. Schmid not. 50.

4) L. 31. §. 1. D. h. t. Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat; sic enim fit eius, qui invenerit, quod non alterius sit. Alioquin si quis aliquid vel lucri causa vel metus vel custodiae condiderit sub terra, non est thesaurus; cuius etiam fit furtum. cf. L. 44. pr. D. de poss. 41. 2. — Streitig ist, ob der Fiscus auf den in loco sacro oder religioso, gleichwie auf den in loco publico gefundenen Schatz Anspruch habe? L. 3. §. 10. cit. Si in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut in monumentis thesauri reperti fuerint, Divi fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur. Dagegen §. 39 J. cit. Thesauros ... Hadrianus ... ei concessit, qui invenerit; idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. Die letzte Stelle ist vorzuziehen. arg. L. un. Cod. cit. Schmid not. 56. — Zweifelhaft, ob der Grundeigenthümer, beziehungsweise der Fiscus, das Eigenthum an dem Schatze, zur Hälfte oder ganz, ipso iure erwerbe? Schmid not. 66., oder der Finder nur zur Restitution verpflichtet sey? P. §. 154. not. c. Vgl. §. 39. J. cit. „dimidiam domino soli concessit, dimidiam inventori.“ Dagegen entscheidend: L. un. Cod. cit. „hoc locorum domino reddere compellatur“ . . . „cum locorum domino partiatur.“ — Ueber das Finden der in beweglichen Gegenständen befindlichen Sachen: W. Sell Versuche I. 3.

§. 155.

b) Neugestaltung einer Sache.

Wer eine neue Sache, obwohl ganz oder zum Theil aus fremdem Stoff, verfertigt, erwirbt eben dadurch, d. i. durch sog. Specification, wenn er des Willens ist, das Eigenthum der neugebildeten Sache[a]). Dieser Erwerb wird unter dem Gesichtspunkt aufgefaßt[1]), daß die Sache in ihrer veränderten Gestalt eben eine neue Sache sey[b]), weßhalb er denn auch nicht durch den guten Glauben des Verfertigers[c]) bedingt ist[2]). Aber nur dann[d])

---

a) §. 25. J. h. t. L. 7. §. 7. L. 24–26. pr. L. 27. §. 1. D. h. t.
b) L. 7. §. 7. cit. c) L. 29. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1.
d) §. 25. J. cit. L. 24. D. cit.

wird die Sache als eine wirklich neu entstandene betrachtet, wenn sich die frühere Gestalt derselben nicht wieder herstellen läßt [3].

Anm. 1) L. 7. §. 7. cit. Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant, hunc dominum esse, qui fecerit, quia, quod factum est, antea nullius fuerat. Dieser Gesichtspunkt wird jedoch nicht strenge festgehalten, arg. L. 4. §. 20. D. de usucap. 41. 3.; ist die neue Sache durch zufällige Mischung entstanden, so wird die Sache nicht als herrnlose jedem Occupanten erworben (§. 151.); und dieses kann auch dann nicht angenommen werden, wenn der Verfertiger nicht für sich oder einen Andern hat erwerben wollen. Schmid §. 11. not. 6. 7.

2) Obgleich dieses consequent und praktisch angemessen ist (Arndts in krit. Jahrb. XIII. S. 821), ist es gleichwohl sehr streitig wegen L. 12. §. 3. D. ad exhib. 10. 4. L. 13. 14. §. 3. D. de cond. furt. 13. 1. L. 52. §. 14. D. de furt. 47. 2. L. 4. §. 20. D. de usucap. 41. 3. Sell Vers. I. 5. Dagegen V. §. 310. P. §. 154. not. h. „Diese Stellen sind als eine Modification, nicht als eine Verwerfung der dargestellten Consequenz zu betrachten." — Jedenfalls verstärkt der böse Glaube die Ersatzpflicht des Specificanten, der im Fall des guten Glaubens nur seine Bereicherung zu erstatten hat. Schmid S. 172—178.

3) Diese Meinung hat, übereinstimmend mit Paulus (L. 24. cit.), Justinian adoptirt, §. 25. J. cit., während die Proculianer darauf kein entscheidendes Gewicht legten, die Sabinianer aber immer dem Eigenthümer des Stoffes auch das Eigenthum der neu gebildeten Species zuschrieben. L. 7. §. 7. cit. Gai. II. 79. — P. §. 154. not. g. setzt noch den Fall hinzu, wenn der Stoff „gegen die Form in einem ganz untergeordneten Verhältniß steht," der Natur der Sache angemessen (Arndts a. a. O.), aber ohne gesetzlichen Anhaltpunkt. — Eine Ausnahme von der Regel nehmen Manche an, wenn der Verfertiger die neue Sache theils aus eigenem, theils aus fremdem Stoff gebildet hat, arg. §. 25. in f. J. l. c., aber ohne Noth und im Widerspruch mit L. 5. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. L. 12. §. 1. D. h. t. V. §. 310. P. §. 163. not. b. Schmid not. 11. — Keine Specification ist das bloße Färben eines Stoffs, L. 26. §. 3. D. h. t., deßgleichen das Ausdreschen oder Aushülsen von Früchten, quum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit. L. 7. §. 7. D. h. t., wodurch der unvollständige §. 25. J. h. t. berichtigt wird.

§. 156.

c) Erwerb der Früchte einer fremden Sache.

Vermöge besondern Rechts erwerben gewisse Personen das Eigenthum an den Früchten, nicht an allen Erzeug-

nissen [a]), einer fremden Sache, und zwar durch deren Einnahme der Nutznießer [1]), sofort aber durch die Trennung von der Hauptsache der Emphyteuta [2]) und der Besitzer in gutem Glauben. Der Erwerb des letzten ist dadurch bedingt, daß er den Besitz der Hauptsache rechtmäßig und in gutem Glauben erworben habe, sollte auch die Ersitzung aus anderm Grunde (§. 162.) ausgeschlossen seyn, sodann daß er auch zur Zeit der Trennung noch in gutem Glauben besitze. Er muß aber nichtsdestoweniger, wenn wegen der Hauptsache die Eigenthumsklage gegen ihn angestellt wird, mit jener zugleich auch die gewonnenen Früchte, so weit er sie noch hat (fructus non consumtos) herausgeben [3]).

Anm. 1) L. 13. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. . . . Julianus ait, fructuarii fructus tunc fieri, quum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris mox quum a solo separati sunt. Vgl. L. 25. §. 1. D. de usur. 22. 1. Jedoch: L. 28. §. 1. eod. In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hoedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. — §. 36—38. J. h. t. Mit Unrecht wird dieser Erwerb als vom Eigenthümer abgeleiteter aufgefaßt, „der Tradition vergleichbar" (P. §. 150.), oder als „wahre Tradition" (Sav. Rt des Besitzes S. 314.). Vgl. dagegen Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 388—392.

2) Nicht bloß, wenn er im Besitz ist, und nicht weil er juristischen Besitz der Hauptsache hat. L. 25. §. 1. in f. D. de usur. 22. 1. Arndts a. a. O. S. 392—396. und im Rtsler. III. S. 859 fg.

3) L. 48. pr. D. h. t. Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt (Vulg. *provenerunt*), sed omnes, quia, quod ad fructus pertinet, loco domini paene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim, ubi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt. Nec interest, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit, nec ne, veluti si pupilli sit, aut vi possessa, aut praesidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonae fidei emtori. — §. 35. J. h. t. Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qualibet iusta causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, eius esse pro cultura et cura; et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, co-

a) L. 28. §. 1. D. de usuris. 22. 1. L. 68. D. de usufr. 7. 1. — L. 12. pr. eod. L. 7. §. 12. D. soluto matr. 24. 3.

gitur restituere. — L. 25. §. 1. D. de usur. 22. 1. In alieno fundo, quem Titius bona fide mercatus fuerat, frumentum sevi; an Titius bonae fidei emtor perceptos fructus suos faciat? Respondi: quod ad fructus, qui ex fundo percipiuntur, intelligi debet propius ea accedere, quae servi operis suis acquirunt, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis ius, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, adspicitur, et ideo nemo unquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret. Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea quum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? quum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque a solo separati sunt. — L. 4. §. 19. D. de usucap. 41. 3. Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest; si vero apud bonae fidei emtorem, contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum (si consumti sint), quod verum est. — L. 48. §. 5. D. de furtis. 47. 2. Ancilla si subripiatur praegnans vel apud furem concepit, partus furtivus est . . . sed si concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecudibus servandum est et in foetu earum, quod in partu. §. 6. Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emtorem pertinebunt; merito, quia in fructu numerantur; at partus ancillae non numeratur in fructu. — In dieser Lehre ist vieles streitig und zweifelhaft:

a) Einige legen dem bonae fidei possessor kein Eigenthum an den Früchten bei, sondern, bis zur Ersitzung, nur wieder bonae fidei possessio, nebst dem Vortheil, daß er die verzehrten Früchte nicht zu erstatten brauche; cf. L. 40. D. h. t. „fructus consumtos suos faciat,“ L. 4 §. 2. D. fin. reg. 10. 1. „lucrari eum oportet, si eos consumsit.“ Sav. Rt des Besitzes S. 314—319. Windscheid in Linde's Ztschr. n. F. IV. 3.

b) Andere machen in verschiedener Weise einen Unterschied zwischen fructus industriales und mere naturales. Donell. comment. IV. 25. Unterholzner im civ. Arch. VIII. 13., arg. L. 45. D. de usur. Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis acquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit vel ex silva ceciderit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur. Dagegen vgl. L. 48. pr. D. h. t.

c) Manche nehmen nur interimistischen Eigenthumserwerb an, in dem Sinn, daß durch die später eintretende mala fides des Besitzers, so wie durch Anstellung der Eigenthumsklage in Betreff der Hauptsache, das Eigenthum der bis dahin noch nicht verzehrten oder veräußerten

Früchte ipso iure an den Eigenthümer der Hauptsache zurückfalle, von diesem daher auch durch selbständige rei vindicatio geltend gemacht werden könne. Marezoll in Linde's Ztschr. XVIII. 7. S. 226. fg. Sint. §. 49. not. 31. Dagegen L. 22. D. de pign. act. 13. 7. ... praedo ... ipse fructus suos non faciet; a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumti condici. L. 4. Cod. de crim. expil. hered. 9. 22. L. 3. Cod. de cond. ex lege. 4. 9.; nicht dafür L. 43. D. de evict. 21. 2., weil nicht jeder, der bona fide gekauft hat, auch zur Zeit der Trennung der Frucht noch b. f. possessor ist. Sodann behaupten

d) Manche, das einstweilen noch widerrufliche oder interimistische Eigenthum werde durch Ersitzung in unwiderrufliches verwandelt, wornach denn auch die Restitution der noch vorhandenen Früchte wegfalle. Marezoll a. a. O. S. 213. fg. Dagegen L. 4. §. 19. L. 48. §. 6. citt.

e) Nach L. 25. §. 2. D. de usur. erforderte Julian nicht Fortdauer der bona fides bis zur Trennung der Frucht. Dagegen Paulus in L. 48. §. 1. D. h. t.

f) Im Wesentlichen übereinstimmend mit dem Text dieses §. sind u. a. Backe: bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat. Berol. 1825. W. §. 326. M. §. 250. P. §. 166. Göschen §. 282. Schmid §. 9. Heimbach, von der Frucht, S. 211. fg.

d) Ersitzung [1].

§. 157.

Um der Sicherheit des Eigenthums willen ist angenommen, daß, unter gewissen Voraussetzungen, der eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzte Eigenthumsbesitz das Eigenthumsrecht gewähre [2]. Im alten römischen Recht bestand eine solche Erwerbung des Eigenthums, usucapio, durch rechtmäßig und in gutem Glauben erworbenen Besitz von einem Jahr bei beweglichen, von zwei Jahren bei unbeweglichen Sachen, und zwar als civilrechtliche Erwerbart des quiritischen Eigenthums, also unanwendbar auf Sachen, welche dessen nicht fähig waren, namentlich auf Provinzialgrundstücke [a]). Neben dieser civilrechtlichen Usucapio kam späterhin eine Art von indirecter Ersitzung auf, durch rechtmäßig und in gutem Glauben erworbenen Besitz von zehn oder zwanzig Jahren (longi temporis possessio), wornach der Besitzer zunächst durch eine exceptio oder praescriptio longi temporis

---

a) Gai. II. 40. 41. cf. II. 7. 21. Dig. de usurpationibus et usucapionibus. 41. 3. Cod. communia de usucapionibus. 7. 30.

gegen die Eigenthumsklage geschützt wurde [b]), dann aber auch, wenn er nachher den Besitz verlor, als Kläger, wahrscheinlich vermittelst einer Replicatio, auf jenen langjährigen Besitz sich berufen und so den Erfolg des Eigenthumserwerbes gewinnen konnte [c]). Von der Usucapio, obwohl auf demselben Grundgedanken beruhend, wich diese Art der Ersitzung in den Voraussetzungen wie in der Wirkung mehrfach ab; sie fand insbesondere auch, ja vorzüglich, auf Provinzialgrundstücke Anwendung. Zu diesen beiden verwandten Instituten kam endlich als drittes die Verjährung der Eigenthumsklage durch dreißig- oder vierzigjährigen Besitz hinzu (§. 107.), die sog. praescriptio longissimi temporis, als solche in einer Beziehung verwandt der longi temporis praescriptio, von der Usucapio wesentlich verschieden. Justinian änderte nun darin Folgendes: Er verband mit der longi temporis praescriptio, und unter Voraussetzung guten Glaubens des Besitzers auch mit der sog. longissimi temporis praescriptio, die Wirkung eines vollständigen directen Eigenthumserwerbs [3]), nachdem er zuvor schon den Unterschied zwischen quiritischem und nichtquiritischem Eigenthum beseitigt hatte [d]). Sodann [e]) hob er die zweijährige Usucapio italischer Grundstücke auf und gestattete eine Ersitzung unbeweglicher Sachen überall nur mehr durch zehn- oder zwanzigjährigen, dreißig- oder vierzigjährigen Besitz, die Ersitzungszeit für bewegliche Sachen aber erweiterte er bis zu drei Jahren, und setzte endlich noch zwei gemeinschaftliche Regeln für die verschiedenen Fälle der Ersitzung fest [4]). Hierdurch war nun die longi temporis praescriptio in eine wahre Usucapio der unbeweglichen Sachen verwandelt [5]), wenn gleich sie in den Justinianischen Rechtsquellen, um der Verwechslung mit der alten zweijährigen Usucapion vorzubeugen, regelmäßig nicht so genannt, vielmehr vermittelst durchgängig vorgenommener Interpolationen

---

b) Pauli sentt. V. 2. §. 3—5. L. 76. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. Dig. de diversis temporalibus praescriptionibus. 44. 3. Cod. de praescriptione longi temporis decem vel viginti annorum. 7. 33. in quibus causis cessat longi temporis praescriptio. 7. 34. quibus non obiicitur longi temporis praescriptio. 7. 35. c) L. 8. pr. in f. Cod. de praescript. 30 vel 40 ann. 7. 39. d) L. 8. Cod. cit. L. un. Cod. de nudo iure Quir. toll. 7. 25. e) L. un. Cod. de usucapione transformanda et sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi. 7. 31.

durch den Ausdruck „longo tempore capio" oder ähnliche bezeichnet wird. Eben diese Interpolationen aber beweisen zugleich, daß sie nunmehr die Stelle jener ältern Usucapio unbeweglicher Sachen einnehmen sollte, und so steht sie denn auch, abgesehen von der Verschiedenheit der Besitzesdauer, im Ganzen unter denselben Regeln, wie die fortwährend Usucapio genannte dreijährige Ersitzung beweglicher Sachen [f]; sofern aber sonst noch eine offenbare Verschiedenheit der Grundsätze im Justinianischen Recht sich wirklich erhalten hätte, müßte man nun zwischen der Ersitzung beweglicher und unbeweglicher Sachen unterscheiden [6]. Die auf beide Arten von Sachen bezügliche Ersitzung durch dreißig- oder vierzigjährigen Besitz dagegen unterscheidet sich in ihren Voraussetzungen wesentlich von jenen beiden Fällen, und wird daher als „außerordentliche Ersitzung" (sog. usucapio extraordinaria) denselben entgegengesetzt, indem man diese unter dem Begriff der „ordentlichen Ersitzung" (sog. usucapio ordinaria) zusammenfaßt.

Anm. 1) Vgl. überhaupt: Donelli Comm. V. cap. 4. 5. 14—31. Unterholzner, die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz. Breslau 1815, gesammte Verjährungslehre (§. 87. Anm. 2.). Bd. II. §. 173—186. Ueber die Geschichte des Instituts: Puchta Inst. II. §. 239. 240.

2) L. 1. D. h. t. Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium. L. 3. eod. Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

3) L. 8. Cod. de praescript. 30 vel 40 ann. (528.). Si quis emtionis vel donationis vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit et longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi acquisierit, posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus; hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. § 1. Quodsi quis eam rem desierit possidere, cuius dominus vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsus est, praedictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari censemus, ut, si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio,

f) Inst. de usucapionibus et longi temporis praescriptionibus. 2. 6.

sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur, ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit vel suppositam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi acquirat; sin vero nullum ius in eadem re quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino vel creditori, qui nomine hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum, ab iniusto detentatore eam vindicare etc.

4) L. un. Cod. de usucapione transformanda (531.). Quum nostri animi vigilantia *ex iure Quiritium* nomen et substantiam sustulerit, et communes exceptiones in omni loco valeant, decem vel viginti vel triginta annorum, vel si quae sunt aliae maioris aevi continentes prolixitatem, satis inutile est, usucapionem in italicis quidem soli rebus admittere, in provincialibus autem recludere. Sed et si quis res alienas, italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur et nullus eis ad eas reservabatur regressus. Quae et nescientibus dominis procedebant: quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens suis cadebat possessionibus. §. 1. Ideo per praesentem legem et in italicis soli rebus, quae immobiles sunt vel esse intelliguntur, sicut annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam esse censemus, ut tantummodo et his decem vel viginti vel triginta annorum et aliarum exceptionum tempora currant, huiusmodi angustiis penitus semotis. §. 2. Quum autem antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerunt alienatae vel quocunque modo, bona fide tamen, detentae, usucapionem extendebant, non in italico solo nexu sed in omni orbe terrarum, et hanc annali tempore concludebant, et eam duximus esse corrigendam, ut, si quis alienam rem mobilem seu se moventem in quacunque terra, sive italica sive provinciali, bona fide per continuum triennium detinuerit, is firmo iure eam possideat, quasi per usucapionem ei acquisitam. §. 3. Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio, et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris et connumeretur in decennium vel viginti annorum spatium vel triennium *(tricennium)*. Quod et in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis *(possessionibus?)* antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriori forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est. §. 4. Ita enim ampliatur quidem longi temporis materia, quae ei subdita est, minuitur autem usucapionum compendiosa dominis iactura et eius iura nocentia, quum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.

5) pr. J. h. t. Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, quum crediderit eum dominum esse, rem emerit vel ex donatione aliave quavis iusta causa acceperit, is

eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et quum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia sedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur neque certo loco beneficium hoc concludatur; et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est, inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur, et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominia rerum, iusta causa possessionis praecedente, acquirantur.

6) Vgl. P. §. 155. 158. not. f. Arndts Beitr. I. S. 94—101. Aber „die noch stattfindenden Unterschiede reduciren sich in ihrer praktischen Bedeutung auf ein Minimum." Arndts a. a. O. not. 172. Mit falscher Gründlichkeit wollen Andere noch die Verschiedenheit beider Institute als Regel behaupten. Hameaux, die usucapio und longi temporis praescriptio, eine hist. dogmat. Erläuterung der L. un. Cod. de usucap. transform. Gießen 1835. Unbegründet aber ist auch die Ansicht, welche nun im Fall des Widerstreits principiell das Recht der Usucapio für das entscheidende erklärt, z. B. Unterholzner §. 178. V. §. 316. Sav. VI. S. 57—60, so wie die entgegengesetzte, welche nun das eigenthümliche Recht der l. t. p. für das allgemein entscheidende hält. Donell. V. cap. 4. Schmid §. 14. not. 3. Vgl. Madai Beiträge zur Dogmengeschichte. Nr. I. — Nicht hieher gehört die besondere durch besondere Voraussetzungen bedingte Wirkung der l. t. possessio, daß sie auch gegen Pfandrechte schützt, Cod. si adversus creditorem praescriptio opponatur. 7. 36., in welcher Beziehung sie auch bei beweglichen Sachen noch wichtig ist. L. 5. §. 1. L. 9. D. de div. temp. 44. 3. L. 2. Cod. in quib. caus. cessat l. t. p. 7. 34. cf. L. 44. §. 5. D. h. t. 41. 3.

α) Von der ordentlichen Ersitzung. Erfordernisse derselben.

§. 158.

aa) Besitz.

Das erste Erforderniß der Ersitzung ist Besitz [a]), und zwar Eigenthumsbesitz [b]), der aber in dieser Beziehung auch dem Verpfänder noch beigelegt wird, wenn gleich das Recht der Interdicte auf den Gläubiger übertragen ist [c]). Der Besitz setzt eine eigenthumsfähige Sache voraus [d]), kann aber auch an einem

a) L. 25. D. h. t. 41. 3. b) L. 13. pr. D. h. t. c) L. 16. D. h. t. L. 4. §. 15. D de poss. 41. 2. (§. 135.) d) L. 9. 45. pr. D. h. t.

reellen oder intellectuellen Theil einer Sache stattfinden [e]), nicht an einer Sachgesammtheit als solcher [f]).

Anm. Ueber die Ersitzung zusammengesetzter Sachen vgl. L. 23. 30. §. 1. D. h. t. L. 30. pr. D. de poss. 41. 2. §. 138. Anm. 2.

§. 159.

bb) Besitz in gutem Glauben.

Der Besitzer muß in gutem Glauben (bona fide) seyn, Eigenthum erworben zu haben [a]), nach römischem Recht zur Zeit der Besitzerwerbung [b]), nach heutigem während der ganzen Ersitzungszeit [c]). Den guten Glauben muß der Ersitzende selbst haben, wenn auch der Besitz durch einen Stellvertreter erworben wird (§. 140.); daher beginnt die Ersitzung nicht, bevor jener von der Besitzerwerbung Kunde erhalten hat. Nur wo Besitzerwerb durch den Stellvertreter ohne Willen des Repräsentirten stattfindet (§. 141), kommt es auf den guten Glauben des ersten an, doch zugleich auch auf den des letzten, wenn er willensfähig ist und von dem Erwerbe Kenntniß hat [d]). Der gute Glaube muß übrigens auf einem entschuldbaren Irrthum beruhen, also, der Regel nach, nicht auf einem Rechtsirrthum [e]).

Anm. Nach R. Rt: mala fides superveniens non nocet; nach canon. Rt: oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae. Aber: mala fides auctoris non nocet. L. 5. pr. D. de div. temp. 44. 3. L. 38. D. h. t. Vgl. jedoch L. 11. D. 44. 3. und §. 162. not. n. o. – Ueber bona und mala fides rücksichtlich eines Theils einer Sache oder rücksichtlich einer von mehreren Sachen: L. 43. D. de poss. 41. 2. L. 4. 6. §. 1. D. pro emt. 41. 4. — Ueber bona fides aus Rechtsirrthum: L. 31. pr. cit. Nunquam in usucapionibus iuris error possessori prodest. Sav. III. S. 371–377. — Ueberhaupt vgl. Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung (oben §. 109. a. E.).

---

e) L. 4. D. pro emt. 41. 4. L. 26. D. de poss. 41. 2. cf. L. 26. D. h. t. 41. 3. f) L. 30. §. 2. D. h. t.

a) pr. J. h. t. cf. L. 136. D. de R. J. L. 12. §. 8. D. de captiv. 49. 15. b) L. un. §. 3. Cod. de usucap. transform. 7. 31. L. 10. pr. L. 15. §. 3. L. 48. D. h. t. L. 7. §. 4. D. pro emt. 41. 4. c) cap. 20. X. de praescript. 2. 26. (§. 109.). d) L. 2. §. 10—13. L. 7. §. 8. D. pro emt. 41. 4. L. 8. pr. L. 43. §. 1. L. 47. D. h. t. e) L. 31. pr. L. 32. §. 1. D. h. t. L. 4. D. de ignor. 22. 6. L. 7. §. 2. D. pro emt. 41. 4. L. 5. §. 1. D. pro suo. 41. 10.

§. 160.

cc) Ein rechtmäßiger Erwerbgrund.

Den guten Glauben braucht der Besitzer nicht zu beweisen [a]), aber er muß als Grundlage desselben einen Rechtsgrund der Besitzerwerbung (iustam causam acquirendae possessionis) darthun, wodurch die Meinung, Eigenthum erworben zu haben, in ihm begründet werden konnte. Dieß ist der Usucapionstitel, iustus titulus possessionis. Regelmäßig wird das wirkliche Daseyn eines Erwerbgrundes vorausgesetzt, welcher an sich geeignet wäre, Eigenthum zu verschaffen, und nur wegen eines dem Ersitzenden unbekannten Mangels in diesem besondern Fall nicht sofort den Eigenthumserwerb zur Folge hatte [b]). Jedoch wird auch, obgleich es an einem wahren Erwerbgrund fehlt, Ersitzung zugelassen, wenn nur sonst durch besondere Umstände die irrthümliche Annahme des Eigenthumserwerbes gerechtfertigt ist [c]), (sog. titulus putativus).

Anm. 1) L. 27. D. h. t. (Ulp.) Celsus libro trigesimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse; nihil referre, emerit necne, donatum sit, necne, si modo emtum vel donatum sibi existimaverit; quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit. — L. 11. D. pro emt. (African.) Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris habeat; nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur. — L. 9. D. pro legato. (Hermogen.) Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est; sed et si non iure legatum relinquatur, vel legatum ademtum est, pro legato usucapi post magnas varietates obtinuit. — L. 2. § 15. D. pro emt. Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem,

---

a) L. 30. Cod. de evict. 8. 45. (§. 114. not. m.). b) §. 11. J. h. t. L. 27. D. h. t. L. 5. Cod. de praescript. 7. 33. L. 24. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 1. pr. D. pro don. 41. 6. L. 6. D. pro derelicto. 41. 7. L. 1—3. D. pro leg. 41. 8. c) L. 11. D. pro emt. 41. 4. L. 4. §. 2. L. 5. §. 1. D. pro suo. 41. 10. cf. L. 9. D. pro leg. 41. 8. L. 1. §. 1. 2. D. pro don. 41. 6. L. 2. §. 15. 16. D. pro emt. 41. 4. — L. 31. §. 6. D. h. t. 41. 3.

dicemus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re, quam in existimatione; quodsi scias, pupillum esse, putes tamen, pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest. §. 16. Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit, usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio, et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis.

2) Die Usucapionstitel sind so mannichfaltig, als die Erwerbgründe des Eigenthums. L. 3. §. 21. D. de poss. 41. 2. cf. L. 13. pr. D. de Publ. act. 6. 2. Bei dem Erwerb durch Tradition werden sie nach den möglichen iustae causae traditionis unterschieden. Einzelne Arten sind unter andern:

a) pro soluto. L. 46. 48. D. h. t. 41. 3.; in den Vulgathandschriften als besondrer Titel (41. 4.) ausgeschieden, mit der Ueberschrift: „pro soluto.“ b) pro emtore. Dig. pro emtore. 41. 4. Cod. pro emtore vel pro transactione. 7. 26. Dabei das Eigenthümliche, daß bona fides auch schon beim Abschluß des Kaufes erfordert wird. L. 2. pr. §. 13. D. l. c. cf. L. 10. pr. L. 48. D. h. t. 41. 3. L. 7. §. 16. 17. D. de Publ. act. 6. 2. Zahlung des Kaufpreises? L. 8. D. l. c. c) pro herede. Aelteres Recht: Gai. II. 52—58. Justinianisches Recht: Dig. pro herede vel pro possessore. 41. 5. Cod. de usucapione pro herede. 7. 29. L. 33. §. 1. D. h. t. 41. 3. L. 7. Cod. de pet. her. 3. 31. L. 4. Cod. in quib. caus. cess. l. t. p. 7. 34. Arndts im Rh. Mus. II. S. 125—148. Beitr. I. S. 75—108. Huschke in Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. 7. Schmid §. 14. not. 60—71. d) pro donato. Dig. pro donato. 41. 6. Cod. de usuc. pro donato. 7. 27. cf. L. 25 44. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. Sav. IV. S. 110—116. 565—583. e) pro derelicto. Dig. 41. 7. f) pro legato. Dig. 41. 8. g) pro dote. Dig. 41. 9. Cod. 7. 28. h) pro transactione. Cod. 7. 26. Endlich i) pro suo. D. 41. 10. Vgl. L. 1. pr. h. t. Pro suo possessio talis est: quum dominium nobis acquiri putamus, et ex ea causa possidemus, ex qua acquiritur, et praeterea pro suo; utputa ex causa emtionis et pro emtore et pro suo possideo etc. mit L. 2. eod. Est species possessionis, quae vocatur pro suo; hoc enim modo possidemus omnia, quae mari terra coe o capimus aut quae alluvione fluminum nostra fiunt. Item quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae aut emtae ancillae pro nostro possidemus; similiter fructus rei emtae aut donatae aut quae in hereditate inventa est. — Streitig ist, ob und in wiefern auch das rechtskräftige Urtheil über das Eigenthum einen Ersitzungsgrund abgebe? Dafür Donell. Comm. V. 14. §. 12. Arndts im civ. Arch. XIII. 15. V. §. 320 Schmid §. 14. not. 100. Dagegen Unterholzner §. 116. Danz in Linde's Ztschr. V. 19. Stephan im civ. Arch. XXXI. 10.

§. 161.

dd) Dauer des Besitzes.

Der Besitz muß bei beweglichen Sachen drei Jahre dauern, bei unbeweglichen zehn oder zwanzig Jahre [a]), je nachdem Besitzer und Eigenthümer in derselben Provinz (in demselben Obergerichtsbezirk) ihren Wohnsitz haben, d. i. inter praesentes, oder nicht, d. i. inter absentes [b]). Ist jenes während eines Theils der Ersitzungszeit der Fall, so ist nur für den übrigen Theil der zehn Jahre das Doppelte zu rechnen [c]). Vollendet ist die Ersitzung mit dem Anfang des letzten Tages des gesetzlichen Zeitraums [d]).

Der Ersitzende kann indessen, wenn er durch abgeleiteten Erwerb den Besitz erlangt hat, den Ersitzungsbesitz seines Vorgängers dem seinigen hinzurechnen [e]) [accessio possessionis [1])], und so auch den der Vorgänger des letzten, den dieser sich zurechnen konnte [f]), vorausgesetzt, daß der Besitz ohne Unterbrechung von dem einen auf den andern übergegangen [g]) und bei dem Successor wie beim Auctor zur Ersitzung geeignet ist [h]). Auch wird, jedoch nach anderm Gesichtspunkt [2]), eine Besitzzurechnung gestattet, wenn vermöge einer auflösenden Bedingung oder aus anderm Grunde ein Veräußerungsgeschäft rückgängig wird und so der Besitz an den Veräußerer zurückgelangt [i]), deßgleichen wenn der precario verliehene Besitz dem Verleihenden zurückgegeben ist [k]). Der Erbe aber, und gleich ihm ein andrer Universalsuccessor, tritt auch rücksichtlich der vom Erblasser bereits angefangenen und bis zum Tode fortgesetzten Ersitzung vollständig in dessen Stelle ein [l]), so zwar [3]), daß jene auch schon

---

a) pr. J. h. t. b) L. 12. Cod. de praescr. l. t. 7. 33. c) nov. 119. cap. 8. d) L. 15. pr. D. de div. temp. 44. 3. L. 6. 7. D. h. t. 41. 3. (§ 89.). e) Dig. de div. temp. pr. et de accessionibus possessionum. 44. 3. L. 13. D. de poss. 41. 2. — §. 13. J. h. t. L. 2. §. 16. 17. 20. D. pro emt. 41. 4. L. 11. Cod. de pr. l. t. 7. 33. L. un. §. 3. Cod. de usuc. transform. 7. 31. f) L. 15. §. 1. D. h. t. 44. 3. g) L. 15. §. 1. cit. L. 13. cit. §. 4. cf. L. 20. D. h. t. 41. 3. h) L. 13. cit. §. 13. L. un. Cod. cit. cf. L. 5. pr. D. 44. 3. i) L. 6. §. 1. D. 44. 3. L. 13. §. 2. D. de poss. 41. 2. L. 19. D. h. t. 41. 3. cf. L. 7. §. 4. D. pro emt. 41. 4. k) L. 13. §. 7. D. de poss. 41. 2. cf. L. 39. eod. l) §. 12. J. h. t. L. 2. §. 18. 19. D. pro emt. 41. 4. L. 22. 44. §. 3. D. h. t. 41. 3.

vor Antretung der Erbschaft vollendet werden kann[m]), vorausgesetzt, daß nicht durch Zwischenbesitz eines Andern der Uebergang auf den Erben unterbrochen sey[n]).

Anm. 1) Die accessio possessionis kam nach älterm Recht noch in einer andern Anwendung, bei dem interdictum utrubi, in Betracht, die im Justinianischen Recht weggefallen ist; Gai. IV. 151. §. 4. J. de interd. 4. 15.; worauf aber manche in diesem aufgenommene Stellen sich bezogen haben, L. 13. §. 1. 4. 5. D. de poss. 41. 2. L. 14. §. 3. D. de div. temp. 44. 3., die nun zum Theil keine praktische Bedeutung mehr haben. Dagegen fand sie nach älterm Rechte bei der Ersitzung nicht in gleichem Umfang wie nach Justinianischem Recht, und vielleicht in verschiedenem Umfang bei der Usucapio und longi temporis praescriptio statt. §. 12. 13. J. h. t. L. un. Cod. cit. Denzinger, die Accessio Possessionis nach dem röm. und can. Rechte. Würzburg 1842.

2) Das Princip der accessio possessionis in den Fällen der ersten Art (not. e—h.) ist in L. 14. §. 1. D. de div. temp. ausgesprochen: Plane tribuuntur (accessiones possessionum) his, qui in locum aliorum succedunt. Dies paßt nicht auf die Fälle in not. i. k. Die Bestimmung in Betreff der precaria possessio (not. k.) mag ursprünglich auf das Interdictum Utrubi sich bezogen haben, kann aber auch und muß daher im Justinianischen Recht auf die Ersitzung bezogen werden. Anders freilich wird für den Fall entschieden, wenn dem Sequester der juristische Besitz übertragen ist. L. 39. cit. not. k. Interesse puto, qua mente apud sequestrem deponitur res. Nam si omittendae possessionis causa et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet, at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. cf. L. 17. §. 1. D. depos. 16. 3. P. §. 156. not. k. — Vgl. noch L. 13. §. 9. D. de poss. Si iussu iudicis restituta sit (res), accessionem esse mihi dandam placuit.

3) L. 30. pr. cit. Cum miles, qui usucapiebat, decesserit, et heres impleverit usucapionem, aequum est rescindi, quod postea usucaptum est, ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint, quia possessio defuncti quasi iuncta descendit ad heredem et plerumque nondum hereditate adita completur. L. 13 §. 4. D. cit. Quaesitum est, si heres prius non possederat, an testatoris possessio ei accedat. Et quidem in emtoribus possessio interrumpitur, sed non idem in heredibus plerique probant, quoniam plenius est ius successionis quam emtionis, sed subtilius est, quod in emtorem et in heredem id quoque probari. Auf diese Stelle stützt sich die Meinung, daß zur Vollendung der Ersitzung jedenfalls Besitzerwerb des Erben noth=

---

m) L. 31. §. 5. L. 40. D. h. t. L. 6. §. 2. L. 7. pr. D. pro emt. 41. 4. L. 30. pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. cf. L. 13. §. 4. D. de poss. 41. 2. n) L. 20. D. h. t. 41. 3. L. 6. §. 2. cit. in f.

wendig sey, wenn auch die Zeit schon abgelaufen. Unterholzner I. §. 133. Dagegen L. 6. §. 2. cit. „quamvis . . . heres possidere non coepisset, fiet tamen eius.“ L. 31. §. 5. Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit. V. §. 322.; zum Theil abweichend P. §. 156. not. l., indem er, wenn die Zeit beim Antritt der Erbschaft noch nicht abgelaufen, Besitzergreifung des Erben fordert, sofern nicht die Sache in der Detention eines Repräsentanten ist, arg. L. 30. §. 5. D. de poss., die jedoch dieses nicht beweis't, während L. 31. §. 5. cit. dagegen ist. — Auf bona fides des Erben kommt es nach R. Rt nicht an, so wie umgekehrt seine bona fides nicht hilft, wenn der Besitz des Erb'assers nicht zur Ersitzung geeignet war. §. 12. J. h. t. L. 2. §. 19. D. pro emt. L. 11. D. de div. temp. L. 11. Cod. de poss. 7. 32. Nach heutigem Recht aber wird die noch unvollendete Ersitzung durch die mala fides superveniens, wie des Erblassers selbst, so auch des Erben gehindert (§. 159.). – Uebrigens kommt auch dem Vermächtnißnehmer die accessio possessionis in demselben Maße zu Statten, wie dem Erben (in re legata, in accessione temporis, quo testator possedit, legatarius quodammodo heres est. L. 14. §. 1. D. h. t. 41. 3.), und auch des Erben Besitz bis zur Entrichtung des Vermächtnisses wird ihm zugerechnet. L. 13. §. 10. D. de poss. 41. 2.

§. 162.

ee) Ersitzungsfähigkeit der Sache.

Wenn auch alle bisher (§. 158—161.) angegebenen Erfordernisse vorhanden sind, so findet gleichwohl in vielen Fällen ordentliche Ersitzung nicht statt, weil manche Sachen durch besondere Rechtsvorschriften von derselben ausgenommen sind. Es sind nämlich:

1) Sachen gewisser Personen der ordentlichen Ersitzung entzogen, so daß diese nur, wenn und weil jene die Eigenthümer sind, nicht stattfindet, also auch wieder zulässig wird, sobald die Sachen aufhören, Eigenthum solcher Personen zu seyn[a]). Dahin gehören a) Sachen des Staates[b]), res fiscales, b) des Regenten[c]), res dominicae, c) der Städte[d]), d) der Minderjährigen[e]), e) unbewegliche Sachen[f]) der Kirchen und milden Stiftungen[1]).

---

[a]) L. 24. §. 1. D. h. t. 41. 3. [b]) L. 18. 24. §. 1. D. h. t. §. 9. J. h. t [c]) Cod. ne rei dominicae vindicatio temporis praescriptione summoveatur. 7. 38. [d]) L. 2. Cod. l. c. L. 12. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. L. 9. D. h. t. [e]) L. 3. Cod. quib. non obiic. 7. 35. L. 5. Cod. in quib. caus. nec. 2. 41. cf. L. un. Cod. si adv. usucap. 2. 36. [f]) nov. 111. cap. 1. nov. 131. cap. 6. cap. 8. X. de praescript. 2. 26.

2) Gewisse Sachen sind aus objectiven Gründen, ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit der Eigenthümer, von der ordentlichen Ersitzung ausgenommen, nämlich:

a) entwendete bewegliche Sachen, res furtivae [2]), nach Bestimmung der zwölf Tafeln und der Lex Atinia [g]). Dieses Hinderniß der Ersitzung wird aufgehoben (vitium rei purgatur), sobald die gestohlene Sache in die Gewalt des Eigenthümers [3]) zurückgekommen ist [h]); daher entsteht es nicht, wenn der Eigenthümer selbst die Sache entwendet hat [i]); b) gewaltthätig in Besitz genommene Sachen (und zwar unbewegliche, denn bewegliche sind in diesem Fall ohnehin als res furtivae der Usucapion entzogen [k]) res vi possessae, nach der Lex Julia und Plautia [l]), ebenfalls so lange, als nicht dieselben in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekommen sind [m]); c) Sachen, namentlich unbewegliche (denn bewegliche sind auch in diesem Falle res furtivae [n]), welche von einem Besitzer in bösem Glauben, ohne Wissen des Eigenthümers, oder ohne daß dieser sein Eigenthum kennt, veräußert worden sind [o]), so lange, bis der Eigenthümer Kenntniß von der Veräußerung und seinem Recht an der Sache erhalten hat; d) Sachen, welche ein Beamter seiner Amtspflicht und gesetzlichem Verbot zuwider als Geschenk oder unter einem andern Rechtstitel erhalten hat. Auch dieses Hinderniß wird dadurch beseitigt, daß die Sache in die Gewalt des Eigenthümers zurückkommt [p]); e) Sachen, deren Veräußerung als gesetzlich verbotene nichtig ist [4]), insofern dieses Verbot geradezu übertreten oder die Zulassung der Ersitzung selbst als indirecte Veräußerung gegen das Verbot zu betrachten ist [q]); f) streitige Gränzen, insofern nämlich

g) §. 2—7. J. h. t. L. 4. §. 6—21. D. h. t. cf. L. 35. eod. L. 68—70. D. de furtis. 47. 2. — L. 1. Cod. de serv. fugit. 6. 1. h) L. 4. §. 6—14. D. h. t. §. 8. J. h. t. i) L. 4. §. 21. D. h. t. L. 5. D. pro emt. 41. 4. L. 20. §. 1. D. de furtis. 47. 2. cf. L. 6. Cod. de usucap. pro emt. 7. 26. L. 49. D. h. t. k) L. 1. D. vi bon. rapt. 47. 8. l) L. 4. §. 22—26. 28. L. 33. §. 2. D. h. t. m) §. 8. J. h. t. L. 86. D. de furtis. 47. 2. L. 6. D. vi bon. rapt. 47. 8. L. 5. Cod. l. c. cf. L. 6. §. 3. D. de precario. 43. 26. n) §. 3. 4. J. h. t. o) nov. 119. cap. 7. p) L. 8. D. ad leg. Jul. repetund. 48. 11. L. 48. pr. D. de acquir. dom. 41. 1. q) L. 28. pr. D. de V. S. L. 12. §. 4. cf. L. 9. §. 5. D. de Publ. act. 6. 2. Vgl. L. 12. D. h. t. L. 7. §. 5. D. pro emt. 41. 4.

bei dem Gränzstreite die Behauptung des Eigenthums an einem streitigen Gränzstück nicht durch zehn- oder zwanzigjährigen Besitz begründet werden kann [r]).

Außerdem ist bei gewissen Sachen die Ersitzung einstweilen ausgeschlossen, insofern sie gegen Personen wirken würde, die ihr Recht an denselben geltend zu machen zur Zeit rechtlich verhindert sind; so bei Dotalsachen, insofern deren Eigenthum durch Auflösung der Ehe oder Vermögensverfall des Mannes von selbst an die Frau fällt [s]); bei den in Gebäude oder Weinberge verwendeten Sachen, so lange sie nicht wieder davon getrennt sind [t]).

Anm. 1) Irrthümlich dehnt W. §. 317. dieß auf bewegliche Sachen aus, verleitet durch einen fehlerhaften Text: *triennalem* statt *tricennalem* in cap. 4. X. de praescript. 2. 26. „nam Romana ecclesia tricennalem praescriptionem contra ecclesiam non admittit." — Streitig ist die Bestimmung unter c), in Betreff der Sachen der Städte, besonders wegen L. 15. §. 27. D. de damno infecto. 39. 2. Pauli sentt. V. 2. §. 4. Vgl. Unterholzner I. §. 45. 48. Schmid §. 14. not. 9. — Sehr streitig ist auch die Bestimmung unter d), die Sachen der Minderjährigen betreffend. Nach älterm Recht unterlagen selbst Sachen der Unmündigen der Usucapion. L. 2. D. de eo qui pro tut. 27. 5., aber es war dagegen Restitution möglich. L. un. Cod. si adv. usucap. 2. 36. L. 4. § 24. D. de doli mali exc. 44. 4. Bei der longi temporis praescriptio dagegen wurde die Zeit der Minderjährigkeit des Eigenthümers gar nicht eingerechnet. L. 3. Cod. cit. Non est incognitum, id temporis, quod in minore aetate transmissum est, longi temporis praescriptioni non imputari; ea enim tunc currere incipit, quando ad maiorem aetatem dominus rei pervenerit. Einige halten nun die ältere Regel der Usucapio für jede ordentliche Ersitzung nach Justinianischem Recht fest, z. B. W. §. 317. Andere unterscheiden zwischen der Ersitzung beweglicher und unbeweglicher Sachen, z. B. P. §. 158. not. f. vgl. oben §. 157. Wieder Andere, z. B. M. §. 261. not. 7. Unterholzner I. §. 35., stimmen mit uns überein. Entscheidend für diese Ansicht ist L. 5. Cod. cit. (Justinianus): Sancimus favore imperfectae aetatis exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere, ne, dum in integrum restitutionem exspectamus, aliquod emergat obstaculum, per quod huiusmodi beneficio minor uti non possit, vel (al. *ne*) substantia eius subvertatur. Sed humanius est, latius eandem legis interpretationem extendere, in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere

---

r) L. 6. Cod. fin. reg. 3. 39. s) L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. t) L. 23. §. 7. D. de rei vind. 6. 1. (§. 152. not. h. cf. §. 138. Anm. 2.).

quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum restitutionem autem eis subveniebant, eas ipso iure non currere. Melius etenim est intacta eorum iura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere: videlicet exceptionibus triginta vel quadraginta annorum in suo statu remanentibus (a. 531.); eine Verordnung, welche ausdehnend zu erklären (vgl. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. „temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem vel viginta annorum curricula . . . introducta") ihre Ratio uns berechtigt, und weder L. 2. noch L. un. Cod. und L. 4. §. 24. citt. und noch weniger L. 4. §. 11. D. h. t. L. 7. §. 3. D. pro emtore. 41. 4. L. 33. D. de furtis. 47. 2. uns abhalten können. Arndts in Linde's Ztschr. XX. 11., womit übereinstimmt Schmid §. 14. not. 10. Uebrigens ist die zweite Ansicht (P. §. 158.) dem Ersitzenden nicht günstiger als diese, da die Restitution gegen die vollendete Ersitzung doch nicht versagt werden könnte, die Restitutionsfrist aber nicht kürzer ist, als die Ersitzungszeit beweglicher Sachen. — Nicht entscheidend ist L. 48. pr. D. de acquir. dom. 41. 1. (§. 146. Anm. 2.), wo die Verfasser der Basiliken gelesen haben: *si populi sit* statt *si pupilli sit.* Arndts a. a. O. S. 391. not. 1.

2) In wie fern auch die Erzeugnisse der gestohlenen Sache res furtivae seyen? s. L. 4. §. 19. L. 10. §. 2. L. 33. pr. D. h. t. L. 48. §. 5. 6. D. de furtis. 47. 2. cf. L. 4. §. 15. D. h. t.; die specificirte Sache? L. 4. §. 20. D. h. t. (§. 155.)

3) L. 4. §. 6. D. h. t. Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui surrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius utique, cui surreptum est. Igitur creditori surrepta, et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet. Man bemerke darüber:

a) die Sache ist in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekehrt, wenn dieser den Besitz derselben erlangt hat, und zwar in einer Weise, daß ihm derselbe nicht durch ein Rechtsmittel wieder entrissen werden kann, und die Sache als die seinige ihm entwendete erkennend, L. 4. §. 12. D. h. t. L. 22. D. de poss. 41. 2. L. 86. D. de furt. 47. 2.; aber auch, wenn er nur in die Lage versetzt ist, die Sache durch die Eigenthumsklage wieder erlangen zu können, L. 215. D. de V. S., mag er dieß auch unterlassen oder sogar absichtlich dem Entwender selbst oder einem Andern die Sache überlassen. L. 4. §. 13. 14. L. 32. pr. D. h. t. Auch wenn der Entwender aus anderm Grunde Eigenthümer der Sache wird, ist das vitium rei beseitigt. L. 42. in f. D. h. t. Uebrigens kann der Eigenthümer auch durch einen Stellvertreter die Sache wieder in seine Gewalt bekommen; dann muß er aber, wenn ihm die Entwendung bekannt war, auch von der Wiedererlangung Kenntniß erhalten. L. 4. §. 8—11. L. 41. D. h. t. cf. L. 56. §. 2. 4. D. de furt. 47. 2. Streitig jedoch der Fall in L. 4. §. 7. D. h. t. Labeo quoque ait, si res peculiaris servi mei surrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit, vi-

deri in potestatem meam rediisse; commodius dicitur, etiamsi sciero, rediisse eam in meam potestatem. Nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit (Vulg. *perdidi*), ignorante me servus apprehendat, si modo in peculio eam esse volui; nam si nolui, tunc exigendum est, ut ego facultatem eius nactus sim. Huschke emendirt hier nämlich: *officit* anstatt *sufficit*. Linde's Ztschr. n. F. II. S. 137. fg.

b) Streitig ist, ob nicht ungeachtet der L. 4. §. 6. cit. doch auch die Rückkehr in die Gewalt des Bestohlenen, der nicht Eigenthümer ist, genüge? Einige behaupten dieses, wenn der Bestohlene Eigenthumsbesitzer war, arg. L. 6. §. 3. D. de precario: „eum, qui vi alterum deiecit . . . si ab eodem emisset, incipere etiam pro emtore posse dominium capere." M. §. 261. not. 14. Schmid §. 14. not. 29. (aber diese Stelle sagt nur, daß hier usucapio pro emtore möglich sey, was unbedenklich zuzugeben ist, wenn nur der nicht dejicirte Eigenthümer vindicandae rei potestatem habet, wie ja bei unbeweglichen Sachen regelmäßig der Fall seyn wird); Andere auch, wenn der Bestohlene ein Pfandgläubiger oder Usufructuar sey, vorausgesetzt, daß deren Verhältniß zur Sache noch fortdauere, Unterholzner §. 68. B. §. 317. S. 517.; aber im Widerspruch mit L. 4. §. 6 cit., die willkürlich beschränkend erklärt wird, und inconsequent, wenn man nicht dasselbe auch beim Commodatar und Miether annehmen will, die auch Bestohlene seyn können. L. 12. D. de furtis. 47. 2. Die richtige Meinung hat P. §. 158. not. i. Eine Ausnahme jedoch enthält L. 49. D. h. t. Si quid est surreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paulus: Imo, forsitan et contra; nam si id, quod mihi pignori dederis, surripueris, erit ea res furtiva facta; sed simul atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit. Sie ist von dem Fall zu verstehen, wenn der Verpfänder und Entwender nicht der Eigenthümer war. Puchta not. l. Huschke in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. S. 257. fg.

c) Den Stellen in not. i. würde L. 49. cit. widersprechen, wenn nicht die eben angedeutete Erklärung angenommen wird. Eben so ist der scheinbare Widerspruch der L. 6. Cod. 7. 26. zu erklären: Cum sit probatum, rem pignori fuisse obligatam et postea a debitore distractam, palam est non potuisse eam quasi furtivam usucapi: welche Andere mera subtilitate dadurch zu erklären suchen, daß hier nicht von einem reverti in potestatem domini die Rede seyn könne. M. §. 261. not. 14. Huschke a. a. O.

4) L. 28. D. de V. S. Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Einzelne Fälle sind: a) Dotalgrundstücke. L. 16. cf. L. 5. 6. D. de fundo dot. 23. 5. L. 42. D. h. t. b) vermachte Sachen, welche der Erbe, des Vermächtnisses bewußt, veräußert. L. 3. §. 3. Cod. comm. de legat. 6. 43. c) Sachen, die zu den bona adventitia der Kinder gehören, deren Veräußerung dem Vater untersagt ist. L. 1. in f. Cod. de bon. mat. 6. 60. L. 4. in f. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. L. 1

§. 2. Cod. de ann. exc. 7. 40. Nach Endigung der väterlichen Gewalt fällt dies Hinderniß weg, jedoch soll in Ansehung der vom Vater wirklich veräußerten Sachen auch von da an nur dreißigjährige Verjährung eintreten, nach nov. 22. cap. 24., die freilich zunächst nur von gewissen Sachen spricht, aber füglich auf alle ausgedehnt werden kann. P. §. 158. not. t. Dagegen V. §. 317. S. 515. d) Sachen Bevormundeter, die nicht ohne obervormundschaftliches Decret veräußert werden können, arg. L. 3. §. 5. D. de reb. eor. 26. 9., und in soweit denn jedenfalls Sachen Unmündiger und Minderjähriger, selbst wenn man den Satz unter 1. d) (vgl. Anm. 1.) nicht annimmt. e) res litigiosae, §. 113. Anm. 4. h), wenn der Kläger den Rechtsstreit nicht hat liegen lassen. L. 1. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. A. M. Vang. S. 520.

§. 163.

ff) Unterbrechung und Stillstand der Ersitzung.

Die Ersitzung wird unterbrochen durch Unterbrechung des Besitzes, usurpatio [1]), die von selbst auch eintritt, wenn die Sache eigenthumsunfähig wird (§. 138.), nicht auch, wenn der Interdictenbesitz an einen Pfandgläubiger übergeht (§. 158.); sodann nach heutigem Recht durch später eintretenden bösen Glauben des Besitzers (§. 159.). Die Erhebung der Eigenthumsklage gegen den Besitzer unterbricht zwar nicht geradezu die Ersitzung, hat jedoch, sofern dieser im Rechtsstreite unterliegt, die Folge, daß die später vollendete Ersitzung gegenüber dem Kläger und denjenigen, die in dessen Stelle eintreten, nichts fruchtet [2]). Von der Unterbrechung ist auch hier der Stillstand der Verjährung zu unterscheiden (§. 110.). Ein solcher tritt ein, wenn nach Beginn der Ersitzung die Sache in das Eigenthum einer Person, gegen welche die ordentliche Ersitzung nicht stattfindet (§. 162. Nr. 1.), übergegangen oder in eine Lage gekommen ist, wodurch die Anstellung der Eigenthumsklage von Seiten des Eigenthümers einstweilen rechtlich verhindert wird (§. 110. not. c. §. 162. not. t. und Anm. 4. c.). Auch bewirken gewisse factische Hindernisse der Eigenthumsklage (§. 110. not. d) einen Stillstand sowohl der Ersitzung wie der Klagenverjährung.

Anm. 1) L. 2. D. h. t. Usurpatio est usucapionis interruptio. L. 5. eod. Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deiicitur vel alicui res eripitur; quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes; nec eo casu quidquam interest, is qui usurpaverit dominus sit nec ne; ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat an ex lucrativa causa. cf.

L. 15. pr. §. 2. D. eod. L. 5. in f. D. pro don. 41. 6. — Die abgedruckte Stelle ist erst in neuester Zeit befriedigend erklärt von Huschke, in Linde's Ztschr. n. F. II. S. 141—150., durch die Nachweisung, daß es nach älterm Recht, wenigstens in Beziehung auf unbewegliche Sachen, auch eine, nur relativ wirksame, civilis usurpatio durch symbolische Handlung gab (Abbrechen eines Zweiges: Cic. de Orat. III. 28. §. 110.).

2) Fragm. Vat. §. 12. Usucapio frustra complebitur anticipata lite. L. 17—21. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. §. 21. D. pro emt. 41. 4. (§. 113. Anm. 4. c.). Für die Usucapio des ältern Rechts ist unser Satz unzweifelhaft, sehr bestritten aber, ob und wie fern er noch im Justinianischen Recht gelte? Bei der l. t. pr. nämlich, welche nur als Einrede wirkte, wurde natürlich vorausgesetzt, daß sie schon zur Zeit der Litiscontestatio begründet sey, um der Eigenthumsklage wirksam entgegenzutreten. L. 1. 2. 10. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. L. 4. Cod. quib. non obiic. 7. 35. L. 26. Cod. de rei vind. 3. 32. Nach Verschiedenheit der Meinungen (§. 157. Anm. 6.) soll nun entweder a) die Regel der Usucapio ausschließlich gelten, V. §. 323. Sav. VI. S. 55—60., oder b) umgekehrt die Regel der l. t. pr., Schmid §. 14. not. 192., oder c) zwischen der Ersitzung beweglicher und unbeweglicher Sachen zu unterscheiden seyn, Wening-Ingenheim §. 137. Allein auch bei der l. t. pr. kann doch jedenfalls die Unterbrechung durch den Rechtsstreit nur relativ, zu Gunsten des Klägers, wirken, Unterholzner §. 125. Wening a. a. O.; es beruht auf eitler Buchstabeninterpretation und führt zu höchst unangemessenen Ergebnissen, wenn man mit Schmid not. 193. das Gegentheil behauptet. Daher ist, zumal bei der Unveräußerlichkeit der res litigiosa, der Unterschied im praktischen Erfolg kaum nennenswerth. Aber die zuletzt angeführten Stellen können auch sehr wohl so verstanden werden, daß anticipata lite die longi temporis praescriptio so wenig wie die von Justinian sogenannte temporalis exceptio per usucapionem inducta gegen den klagenden Eigenthümer noch etwas helfen könne, und ist in diesem Sinne die Abweichung der l. t. p. von der Usucapio, so weit eine solche bestand, im Justinianischen Recht als beseitigt anzusehen. P. §. 160. not. f. vgl. Kierulff I. S. 283. — Ueber den Zeitpunkt dieser Unterbrechung s. §. 113. Anm. 5. Der von Justinian in L. 2. Cod. de ann. exc. 7. 40. für gewisse Fälle eingeführten Verwahrung ist keine andere Wirkung beizulegen, als dem wirklichen Beginn des Rechtsstreits. P. not. e.

§. 164.

β) Außerordentliche Ersitzung.

Die außerordentliche Ersitzung wird vollendet durch ununterbrochenen dreißig- oder vierzigjährigen Eigenthumsbesitz, vorausgesetzt, nach römischem Rechte, daß der Besitzer in gutem Glauben zu besitzen angefangen habe, nach canonischem Rechte, daß er

auch während der Verjährungszeit nicht in bösen Glauben versetzt worden sey. Den guten Glauben hat auch hier nicht der Besitzer zu beweisen, aber er braucht auch nicht einmal durch Nachweisung eines rechtmäßigen Erwerbgrundes denselben zu begründen. Die übrigen Voraussetzungen dieser Ersitzung bestimmen sich lediglich nach den Erfordernissen der Verjährung der Eigenthumsklage (§. 107—110.). Sofern nur diese vorhanden sind, können auch die der ordentlichen Ersitzung entzogenen Sachen (§. 162.) durch außerordentliche Ersitzung erworben werden.

Anm. Vgl. hierüber L. 8. §. 1. Cod. de praescript. 30. vel 40. ann. 7. 39. (§. 157. Anm. 3.), und Fritz in Linde's Ztschr. III. 23. „Sind die Erfordernisse der sog. außerord. Eigenthumsersitzung nach den Regeln zu bestimmen, die von der ord. Ersitzung gelten, oder nach denjenigen, die von der Klagenverjährung gelten?" gegen Unterholzner §. 177. 178.

IV. Schutz des Eigenthums und des Eigenthumsbesitzes [a]).

§. 165.

A. Eigenthumsklagen.

Zum Schutze des Eigenthums dienen zwei verschiedene Klagen, rei vindicatio und negatoria actio. Die erste, die man vorzugsweise unter der Eigenthumsklage zu verstehen pflegt, findet gegen solche Anmaßungen statt, wodurch dem Eigenthümer die Ausübung des Eigenthums im Ganzen entzogen wird, durch Vorenthaltung des Besitzes nämlich. Die andere bezweckt die Abwehr partieller Eingriffe in das Eigenthumsrecht, Geltendmachung der Freiheit des Eigenthums gegen anmaßliche Beschränkung desselben. Uebrigens kann das Eigenthum nach Umständen auch durch Einrede, exceptio dominii, geschützt werden, wenn nämlich gegen den Eigenthümer durch Klage ein Anspruch verfolgt wird, welcher seinem Eigenthumsrecht widerstreitet.

1. Rei vindicatio [a]).

§. 166.

a) Voraussetzungen der Rei Vindicatio [1]).

Der Grund der R. V. ist das Eigenthum, ihre Veranlassung ist die Vorenthaltung des Besitzes. Sie steht daher dem nicht

---

a) X. de causa proprietatis et possessionis. 2. 12. Clem. 2. 3.

a) Dig. de rei vindicatione. 6. 1. Cod. 3. 32.

besitzenden Eigenthümer zu [2]) gegen den Besitzer [b]), dieser mag in fremdem oder in eigenem Namen besitzen [c]), welcher jedoch im ersten Fall durch Nennung desjenigen, in dessen Namen er besitzt (laudatio oder nominatio auctoris) der Klage entgeht [d]). Demnach liegt dem Kläger der Beweis ob [3]), daß er Eigenthümer sey [e]), daß der Beklagte sich im Besitze befinde [f]); er kann jedoch, wenn er das letzte gegen den abläugnenden Beklagten bewiesen hat, sofort Uebertragung des Besitzes erlangen und so den Beweis des Eigenthums sich ersparen [g]). Gegen den Nichtbesitzenden kann als fingirten Besitzer die Klage mit Erfolg angestellt werden, wenn er entweder a) trüglicher Weise auf den Rechtsstreit sich eingelassen hat, als ob er besitze, si liti se obtulit [h]), oder b) mit rechtswidrigem Vorsatz des Besitzes sich entäußert hat, si dolo malo possidere desiit [i]), nicht auch, wenn er ohne Dolus zu besitzen aufgehört hat [k]). Gegenstand der Klage kann eine bestimmte einzelne Sache seyn [l]), oder ein intellectueller Theil derselben [m]), bei Grundstücken auch ein reeller Theil, locus regionibus divisus [n]), oder auch eine Sachgesammtheit, z. B. eine Heerde, als Ganzes [o]). Ist eine bewegliche Sache, ohne Eigenthumsänderung (§. 152.), mit einer andern Sache körperlich verbunden, so muß deren Vindication, wo möglich (§. 131. a. E.), durch Klage auf Trennung (actio ad exhibendum) vorbereitet werden [p]).

Anm. 1) Die neueste ausführliche Erörterung der Lehre von der rei vindicatio enthält Schmid Hdb. §. 15. S. 268—352. Vgl. Wetzell, der römische Vindicationsproceß. Leipzig 1845. (eine rechtsgeschichtliche Untersuchung).

---

b) §. 2. J. de act. 4. 6. L. 1. §. 6. D. uti poss. 43. 17. c) L. 9. D. h. t. d) L. 2. Cod. ubi in rem actio exerceri debeat. 3. 19. e) L. 23. pr. D. h. t. L. 28. Cod. h. t. f) L. 36. pr. D. h. t. cf. L. 27. §. 1. eod. g) L. 80. D. h. t. h) L. 25—27. pr. D. h. t. cf. L. 13. §. 13. L. 45. D. de her. pet. 5. 3. i) L. 27. §. 3. L. 36. pr. D. h. t. cf. L. 20. §. 6. L. 25. §. 8. D. de her. pet. 5. 3. L. 131. L. 157. §. 1. D. de R. J. — L. 3. §. 5. L. 4. pr. §. 1. D. de alienat. iud. mut. 4. 7. k) L. 27. §. 1. D. h. t. cf. L. 1. Cod. de reb. alien. 4. 51. L. 23. D. de reb. cred. 12. 1. l) L. 1. §. 1. L. 6. D. h. t. cf. L. 49. §. 1. eod. m) L. 3. §. 2. L. 5. pr. L. 6. L. 76. §. 1. D. h. t. n) L. 8. D. h. t. o) L. 1. §. 3. — L. 4. pr. D. h. t. p) L. 23. §. 5. D. h. t. L. 6. D. ad exhib. 10. 4. cf. L. 56. D. h. t.

2) §. 2. in f. J. de act. . . . In controversiis rerum corporalium . . . is agit, qui non possidet, ei vero qui possidet non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. *Sane uno casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet*, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. Ueber diesen viel gesuchten unus casus, dabei insbesondere über die Zulässigkeit der Eigenthumsklage des juristischen Besitzers gegen den in seinem Namen detinirenden Inhaber der Sache, vgl. Fritz in Linde's Ztschr. n. F. I. 2.

3) Der Beweis des Eigenthums wird geführt durch den Beweis der Erwerbung, vorbehaltlich des Gegenbeweises spätern Verlustes (§. 114. not. k. l.). Bei abgeleiteter Erwerbung gehört zur Vollständigkeit jenes Beweises auch der Beweis des Eigenthums des Rechtsurhebers, L. 20. pr. D. de acquir. dom. 41. 1., so daß also auf eine ursprüngliche Erwerbart, Ersitzung oder eine andere, zurückzugehen ist. Vgl. Unterholzner im civ. Arch. VII. 13. Falkenstein das. X. 11. gegen Thibaut das. VI. 15. — Ueber den Beweis des Miteigenthums vgl. Arndts im Rh. Mus. III. 12. — Ueber die Zeit, in welcher des Klägers Eigenthum bestehen muß, s. §. 113. Anm. 4. a. c. und Anm. 5. — Vindication widerruflichen Eigenthums: L. 41. pr. L. 66. D. h. t. L. 29. D. de m. c. don. 39. 6.

§. 167.

b) Erfolg der Rei Vindicatio.

Ziel der Eigenthumsklage ist, daß nicht nur des Klägers Recht anerkannt, sondern auch die demselben zugefügte Verletzung aufgehoben werde. Dem siegenden Kläger ist daher vor Allem die Sache selbst herauszugeben [a]). Ist der Beklagte dazu außer Stande, aus einem Grunde, für den er verantwortlich ist, so hat er dem Kläger dafür Ersatz zu leisten (id quod eius interest). Verantwortlich aber ist jeder Beklagte für seinen Dolus (quia dolo malo possidere desiit), für seine Culpa vom Beginn des Rechtsstreites an; der Besitzer in bösem Glauben haftet von da an selbst für den Zufall, sofern der Schaden im Fall früherer Herausgabe den Kläger nicht betroffen hätte; und zwar kann der Betrag des Schadensersatzes, falls dem Beklagten dolus oder lata culpa zur Last fällt, durch Schätzungseid des Klägers bestimmt werden [b]). Nach denselben Unterscheidungen ist auch die

a) L. 10—13. L. 68. D. h. t. §. 2. J. de off. iud. 4. 17. b) L. 15. §. 3. L. 16. 21. 22. 36. §. 1. L. 63. 68. L. 71. D. h. t. L. 21. Cod. h. t. cf. L. 40. pr. D. de her. pet. 5. 3. — L. 62. pr. D. h. t.

Ersatzpflicht des Beklagten zu bestimmen, wenn er die Sache nur in verschlechtertem Zustande zu restituiren vermag[c]), nur mit dem Zusatz, daß in diesem Fall der Besitzer in bösem Glauben zugleich wegen der vor dem Rechtsstreit begangenen Culpa zum Ersatz verurtheilt wird[d]). Außerdem gebührt dem Kläger in gleichem Maße auch Erstattung alles desjenigen (omnis causa), was zu der Hauptsache hinzugekommen oder durch deren Besitz gewonnen worden ist oder was er jetzt haben würde, wenn ihm dieselbe nicht widerrechtlich vorenthalten worden wäre[e]). Die Früchte insbesondere hat der Besitzer in bösem Glauben alle zu erstatten, bezogene und versäumte, der Besitzer in gutem Glauben aber nur die nicht vor Beginn des Rechtsstreites consumirten, und seitdem alle, auch die durch seine Schuld versäumten[f]), vorausgesetzt, daß nicht ein Anderer, als der Kläger, für die fragliche Zeit auf die Früchte Anspruch hatte[g]). Rücksichtlich dieser Leistungen kann denn auch der Rechtsstreit noch fortgesetzt werden, wenn gleich während desselben der Beklagte, selbst ohne seine Schuld, den Besitz der Sache verloren hat[h]). Derjenige, welcher liti se obtulit, haftet, als ob er zur Zeit der Litiscontestatio die Sache wirklich besessen hätte und nun durch seine Schuld dieselbe zu restituiren außer Stande wäre[i]). Wird dem Kläger anstatt der Sache deren Werth erstattet (litis aestimatio), so ist dieses als Verkauf derselben zu betrachten[k]), ausgenommen, wenn der Beklagte dazu verurtheilt worden ist, quia liti se obtulit oder dolo malo possidere desiit, in welchen Fällen dem Kläger die Vindication gegen dritte Besitzer unverkümmert bleibt[l]); hat aber derselbe schon vor dem Urtheil die Sache selbst anderweitig wieder erhalten, so kann er auf Ersatz ihres dermaligen Werthes keinen Anspruch mehr machen[m]).

---

c) L. 13—15. cf. L. 60. D. h. t. L. 27. §. 2. eod. d) L. 31. §. 3. D. de her. pet. 5. 3. L. 45. D. h. t. e) L. 17. §. 1. L. 20. L. 34. 62. D. h. t. cf. L. 75. 81. 246. §. 1. D. de V. S. f) §. 2. J. l. c. §. 35. J. de rer. div. 2. 1. L. 33. 62. D. h. t. L. 22. Cod. h. t. L. 2. Cod. de fruct. 7. 51. g) L. 33. in f. L. 35. pr. D. h. t. h) L. 16. pr. D. h. t. i) §. 166. not. d. k) L. 1. 3. D. pro emt. 41. 4. L. 46. 47. D. h. t. l) L. 7. D. h. t. L. 69. 70. eod. L. 13. §. 14. D. de her. pet. 5. 3. L. 95. §. 9. D. de solut. 46. 3. m) L. 13. §. 14. cit.

Anm. 1) Ueber die Anwendung des Schätzungseides vgl. §. 115. Anm. 2., über die Hauptregel für die Bestimmung der Ersatzverbindlichkeit §. 113. Anm. 4. b. vgl. mit Anm. 5.; insbesondere L. 40. pr. D. de her. pet. (Paul.): Illud quoque, quod in oratione Divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas, interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor distraxisse ea. Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet, Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius; nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere. L. 15. §. 3. D. h. t. (Ulp.): Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum, plerique aiunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari; nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus. L. 16. pr. eod. (Paul.) Utique autem etiam mortuo homine necessaria est sententia propter fructus et partus et stipulationem de evictione; non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet. L. 62. pr. eod. (Papin.) Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area, quae locari solent . . . . . . quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet. Vgl. L. 14. §. 1. D. depos. 16. 3. L. 14. §. 11. D. quod. met. 4. 2., und über die verschiedenen Erklärungen Arndts im Rtsler. V. S. 224. Wetzell a. a. O. S. 175 fg. Sav. VI. S. 177–197. Schmid §. 15. not. 101—103. — Ueber den Ersatz der Früchte, insbesondere der fructus percipiendi, Sav. VI. §. 265—267. Schmid not. 108—110.

2) Die fingirten Besitzer betreffend sagt L. 131. D. de R. J.: Dolus pro possessione est, L. 157. §. 1. eod.: Semper qui dolo fecit, quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet, und L. 13. §. 14. D. de her. pet.: Omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri. Aber L. 45. D. eod.? Qui se liti obtulit, quum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. Et qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur; *aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.* Vgl. Schmid S. 281. fg; über die Meinung, daß die Leistung der Litis Aestimatio auch demjenigen, qui dolo possidere desiit, Anspruch auf die Sache selbst gebe, das. S. 283—285. Vang. S. 577. fg.

3) Wirkung der rei vindicatio gegen den Erben: L. 42. D. h. t. Si in rem actum sit, quamvis heres possessoris, si non possideat, absolvatur, tamen si quid ex persona defuncti commissum sit, omnimodo

in damnationem veniet. L. 51. eod. Si in rem actum sit et in heredem possessoris iudicium datum sit, culpa quoque et dolus malus heredis in hoc iudicium venit. cf. L. 52. 55. eod. (§. 104. Anm. 2.)

§. 168.

c) Beschränkung des Erfolgs durch Ansprüche des Beklagten.

Der Erfolg der R. V. kann durch Rechtsansprüche des Beklagten, welche für diesen eine Exceptio begründen, ganz oder gewissermaßen ausgeschlossen werden. So hat 1) jeder Beklagte, mit Ausnahme des Diebes [a]), Anspruch auf Ersatz der von ihm auf die Sache (nicht donandi animo) gemachten nothwendigen Verwendungen (impensae necessariae), der Besitzer in gutem Glauben auch der nützlichen (impensae utiles), den er durch doli exceptio geltend machen kann, während wegen der letzten der Besitzer in bösem Glauben, wegen aller andern Verwendungen (impensae voluptariae) jeder Beklagte nur das Recht hat, das Product derselben, so weit es mit Vortheil für ihn und ohne Schaden für den Gegner geschehen kann, wegzunehmen, ius tollendi [b]). Ersatz des Preises dagegen, für welchen er die Sache erworben, kann der Beklagte regelmäßig [c]) nicht fordern [d]), sofern er nicht unter den Gesichtspunkt einer zu erstattenden Verwendung für die Sache fällt [e]). Verwendungen auf Erzielung von zu restituirenden Früchten aber mindern von selbst den Betrag der letzten [f]), jedoch, sofern der Beklagte für versäumte Früchte haftet, nur so weit sie nicht durch Schuld des Beklagten das erforderliche Maß überschreiten [g]). Andrerseits kann dem redlichen Besitzer gegenüber der Werth der von diesem gewonnenen Früchte, die er nicht zu ersetzen braucht, von dem ihm gebührenden Ersatz für Verwendungen auf die Sache selbst in Abrechnung gebracht werden [h]). 2) Eine Einrede des Beklagten

---

a) L. 13. D. de cond. furt. 13. 1. L. 1. Cod. de infant. expos. 8. 52. b) L. 27. §. 5. — L. 30. L. 37. 38. D. h. t. L. 5. 16. Cod. h. t. §. 30—34. J. de rer. div. 2. 1. cf. L. 79. D. de V. S. Dig. de impensis in res dotales factis. 25. 1. (§. 92. Anm. 2. §. 101. not. l. §. 152. Anm. 4.). c) cf. L. 14. 16. Cod. de praed. min. 5. 71. d) L. 3. 23. Cod. h. t. L. 2. Cod. de furt. 6. 2. e) arg. L. 5. §. 8. D. de negot. gest. 3. 5. f) L. 46. D. de usur. 22. 1. g) L. 1. Cod. de fruct. 7. 51. (§. 167.) h) L. 48. 65. D. h. t.

kann sich auch auf ein demselben zustehendes dingliches Recht gründen, kraft dessen er die Sache herauszugeben nicht schuldig sey, z. B. auf ein Pfandrecht oder das Recht des Nießbrauchs, deßgleichen 3) auf ein obligatorisches Verhältniß zum Kläger, kraft dessen dieser ihm die Sache zu lassen verpflichtet sey. Eine Einrede der letzten Art ist die exceptio rei venditae et traditae [i]).

Anm. Was die letztgenannte Einrede betrifft, so ist sie 1) buchstäblich, obwohl auch hier doli exceptio anstatt derselben zulässig ist, in folgenden Fällen anwendbar: a) wenn der Kläger als Nichteigenthümer dem Beklagten verkauft und tradirt hat, nachher aber Eigenthümer geworden ist. L. 1. pr. L. 2. D. h. t. 21. 3. L. 17. D. de evict. 21. 2. L. 72. D. de rei vind. 6 1. b) wenn er, oder in seinem Auftrag ein Anderer, unter einer stillschweigenden oder ausdrücklichen Bedingung verkauft und tradirt hat, und er nun vor deren Entscheidung vindicirt. L. 1. §. 2. D. h. t. 21. 3. cf. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. c) wenn er als Pfandgläubiger oder im Auftrage eines Andern unwissend seine eigene Sache verkauft und tradirt hatte. L. 10. D. de distr. pign. 20. 6. L. 49. D. mand. 17. 1. (§. 145. Anm. 2.). d) wenn er Erbe des verkaufenden Nichteigenthümers geworden ist. L. 1. §. 1. D. h. t. 21. 3. L. 73. D. de evict. 21. 2. L. 14. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 14. Cod. de evict. 8. 45. 2) Verwandte Fälle, in welchen aus gleichem Grunde doli oder in factum exceptio, wenn gleich nicht exceptio rei venditae et traditae, stattfindet, sind: a) wenn der Kläger als Eigenthümer die Sache verkauft, nicht tradirt hatte, der Beklagte aber auf andere Weise, sine vitio, den Besitz erlangt hat. L. 1. §. 5. D. h. t. 21. 3. b) wenn er zum Verkauf der Sache den Auftrag ertheilt, nachher aber die Uebergabe derselben ohne rechtlichen Grund nicht hat gestatten wollen (exceptio *si non auctor meus ex voluntate tua vendidit*). L. 16. D. de Publ. act. 6. 2. cf. L. 1. §. 2. 3. D. h. t. L. 7. §. 6. D. pro emt. 41. 4. c) wenn der Kläger dem Beklagten für die Sicherheit seines Erwerbes, wegen Evictionsleistung, sich verbürgt hatte. L. 11. Cod. de evict. 8. 45. cf. L. 31. Cod. eod. d) wenn der Geber die vor Eingehung der Ehe übergebenen Dotalsachen vor Auflösung des Verlöbnisses vindicirt. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3 — Diese in den Quellen vorkommenden Fälle sind nicht erschöpfend; insbesondere kann auch aus andern Veräußerungsgeschäften eine gleiche Einrede hervorgehen, nach dem im §. angegebenen Princip. Ungenau die Regel: *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio*. V. §. 334. — Wirksamkeit der Einrede gegen die Sucessoren, beziehungsweise zum Vortheil derselben. L. 2. 3. D. h. t. — Gebrauch derselben als replicatio gegen die exceptio dominii. L. 2. D. h. t. L. 72. D. de rei vind. 6. 1. L. 4.

---

[i]) Dig. de exceptione rei venditae et traditae. 21. 3.

§. 32. D. de doli mali exc. 44. 4. — Ausschließung derselben durch replicatio. L. 1. §. 5. D. h. t. L. 7. §. 6. D. pro emt. 41. 4. L. 32. §. 2. D. ad Sc. Vell. 16. 1. — Vgl. überhaupt, insbesondere auch in rechtsgeschichtlicher Beziehung: Michelsen, de exceptione rei venditae et traditae. Berol. 1824. Wiedeking, über die Exceptio rei venditae et traditae nach älterm und neuerm R. Rt. München 1847.

§. 169.

2. Negatoria in rem actio a).

Zum Schutze gegen Eingriffe in das Eigenthum, welche dem Eigenthümer zwar nicht die Herrschaft über die Sache ganz entziehen, aber, wenn rechtlich begründet, eine Beschränkung des Eigenthums, nach seiner positiven oder negativen Seite, enthalten würden [b]), ist dem Eigenthümer eine eigene Klage gegeben, negatoria oder negativa in rem actio, so genannt, weil sich darin die Negation eines Rechts des Beklagten ausspricht [c]). Ihr Grund ist, wie der der Rei Vindicatio, das Eigenthum, als das Recht vollkommener und ausschließlicher Herrschaft über die Sache; dieses, und zunächst nur dieses, hat daher der Kläger zur Begründung der Klage zu beweisen [d]). Ihre Veranlassung ist eine anmaßliche Beschränkung des Eigenthums, wozu aber hier auch schon die Behauptung eines das Eigenthum beschränkenden Rechts genügt [e]). Ihr Zweck ist zunächst Anerkennung der Freiheit des Eigenthums und demzufolge Unterlassung der Störung, nach Umständen auch Sicherheitsleistung gegen deren Wiederkehr (sog. cautio de non amplius turbando), Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes und Ersatz für die erlittene Verletzung [f]).

Anm. 1) Den Gegensatz der negatoria bildet die confessoria in rem actio, die zur Geltendmachung von Servituten dient (not. a. c.).

---

a) Dig. si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur. 7. 6. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. 8. 5. b) L. 8. §. 5. L. 11. 13. 14. §. 1. L. 17. D. si serv. vind. L. 2. D. de arb. caed. 43. 27. L. 6. §. 2. D. arb. furtim caes. 47. 7. cf. L. 8. §. 5. D. si serv. vind. c) §. 2. J. de act. 4. 6. L. 2. pr. D. si serv. vind. L. 5. pr. D. si ususfr. pet. d) L. 5. pr. cit. cf. L. 7. D. de aqua. 43. 20. L. 10. Cod. de pign. act. 4. 24. e) L. 5. §. 6. D. si ususfr. pet. cf. L. 6. §. 1. D. si serv. vind. L. 14. pr. eod. f) L. 5. §. 6. cit. L. 4. §. 2. L. 9. pr. L. 12. 14. pr. D. si serv. vind. L. 8. Cod. de servitut. 3. 34.

Einige behaupten jedoch, die Klage sowohl des Eigenthümers als des Servitutberechtigten heiße bald confessoria bald negatoria actio, je nachdem jener entweder eine negative oder eine affirmative Servitut abwehre, dieser entweder eine affirmative oder eine negative Servitut geltend mache: arg. §. 2. J. cit. und Theophil. ad h. l. Dagegen V. §. 353. Anm. 1. Schmidt (von Ilmenau), Ztschr. für gesch. Rtsw. XV. S. 159—161. Eine besondere prohibitoria actio des Eigenthümers hat jetzt in byzantinischen Rechtsquellen entdeckt Zachariä, Ztschr. f. gesch. Rtsw. XII. 8.; diese unterschied sich aber nur durch eine anders abgefaßte Formula von der negatoria actio (*si paret, ius Aulo Agerio esse prohibendi Numerium Negidium uti frui* u. dgl., anstatt: *si paret, ius Numerio Negidio non esse, uti frui invito Aulo Agerio*); materiell war und ist sie nicht verschieden von dieser. Schmidt a. a. O. S. 165—169. Stephan das. XIV. 8.

2) Streitig ist, ob die negatoria actio gegen jeden partiellen Eingriff ins Eigenthum zulässig sey? (jetzt die herrschende Meinung, V. S. 706. Schmid Hdb. §. 17. S. 370.) oder nur gegen einen solchen, zu welchem das Recht als Servitut bestehen könnte? (Fritz Erläutr. S. 366. Schmidt a. a. O. S. 170—175.) Vgl. not. b. Der Streit ist praktisch unerheblich.

3) Bestritten ist auch der Satz (not. e.), daß eine thätliche Störung zur Anstellung der Negatoria nicht erforderlich sey, Schmid §. 17. not. 7., aber ohne Grund und dem praktischen Bedürfniß zuwider. arg. L. 14. pr. cit. „tigna...si nova *velis* immittere, a me prohiberi." L. 5. §. 6. cit. Sicut fructuario in rem confessoriam agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur. Sed in omnibus ita demum, si non sit possessor, qui agit, nam et possessori competunt; quod si possident, nihil fructuum nomine consequentur. Uebrigens kann gegen denjenigen, der im Besitze einer persönlichen Servitut sich befindet und daher die Sache detinirt, auch die rei vindicatio angestellt, und so, in Folge der Einrede des Beklagten, derselbe Erfolg, wie durch die negatoria actio des Eigenthümers herbeigeführt werden. L. 7. pr. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. (§. 168. num. 3.).

4) Eine der streitigsten Fragen ist die, ob der Beklagte das Daseyn oder der Kläger das Nichtdaseyn der Servitut beweisen müsse? a) die herrschende Meinung s. not. d. Vgl. P. §. 172. not. d. und im Rh. Mus. I. S. 165. fg. V. §. 353. Anm. 2. Schmid S. 373. fg. b) die entgegengesetzte: der Kläger habe immer das Nichtdaseyn des gegnerischen Rechts zu beweisen, neuerdings vertheidigt von Pape, in Linde's Ztschr. XVI. 6. c) der Kläger habe diesen Beweis dann zu führen, und nur dann, wenn der Gegner im Besitze der Servitut sey, u. a. vertheidigt von Seuffert §. 183. Erörtr. II. S. 73. fg. Abh. S. 93. fg., Fritz Erläutr. S. 369. fg. d) die grundloseste Meinung: es komme darauf an, ob der Beklagte schon im Besitzstreite über die Servitut gesiegt habe, Glück X. S. 254. fg. Die Praxis schwankt noch,

besonders zwischen a und c. Seuffert Arch. I. 17. 18. 409. II. 142. — Hauptstellen: α) L. 5. pr. D. si ususfr. pet. Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet. Nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videatur, quam alieno, quum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi. Quodsi forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habeat, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant. β) L. 8. §. 3. D. si serv. vind. Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi ait; si vero non sunt immissa, eum, qui negat. γ) L. 15. D. de op. novi nunt. 39. 1. Si, priusquam aedificatum esset, ageretur, ius vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, quum quis ageret, ius sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iuberet, nec opus novum se facturum nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse haberet; id enim esse, petitoris partes sustinere. — Ueber die letzte Stelle vgl. noch eine besondere Meinung von Löhr Mag. III. S. 511. fg., dagegen V. S. 710.

§. 170.

B. Schutz des Ersitzungsbesitzes.

Publiciana in rem actio [a]).

Wer nach begonnener aber vor vollendeter Ersitzung den Besitz der Sache verliert, kann der Eigenthumsklage sich nicht bedienen, aber es ist ihm eine dieser nachgebildete dingliche Klage (utilis rei vindicatio) gegeben [b]), die großentheils denselben Zweck erfüllt. Dieß ist die Publiciana in rem actio. Sie gründet sich darauf, daß er den zur ordentlichen Ersitzung geeigneten Besitz der ersitzungsfähigen Sache erworben hatte [c]), worauf sich auch

---

a) Dig. de Publiciana in rem actione. 6. 2. b) §. 4. J. de action. 4. 6. L. 7. §. 6. D. h. t. cf. Gai. IV. 36. c) L. 1. pr. et sqq. D. h. t.

der dem Kläger obliegende Beweis beschränkt. Sie ist aber erfolglos gegen den Beklagten, welcher mit besserem Recht, insbesondere als Eigenthümer, geschützt durch die exceptio dominii [d]), oder nur mit gleichem Recht [e]) besitzt. Sonst steht sie in Beziehung auf Gegenstand, Veranlassung, Beklagten und Wirkung der Eigenthumsklage gleich [f]). Auch als Negatoria ist die Publicianische Klage anwendbar.

Anm. 1) L. 1. pr. D. h. t. Ait praetor: *Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.* cf. L. 7. §. 11. eod. Praetor ait: *qui bona fide emit.* Die Formula der Klage bei Gai. I. c. *Iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur eius ex iure Quiritium esse oporteret (oportere paret?),* et reliqua. Vgl. §. 4. J. cit. . . . inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse. §. 3. ibid. „diceret se quasi usucepisse, quod non usuceperit." — Das Edict lautete also beschränkt auf Erwerb durch Tradition; aber die Klage wurde auch auf andere Erwerbfälle ausgedehnt. L. 1. §. 2. L. 2. 7. pr. L. 13. pr. D. h. t. Sofern nun eine Erwerbart des Eigenthums Besitzerwerb nicht erfordert, ist consequent auch zur Begründung der Publiciana actio derselbe nicht für erforderlich zu halten. arg. L. 1. §. 2. L. 11. §. 2. L. 12. §. 1. L. 15. D. h. t. cf. L. 7. §. 16. eod. Schmid §. 16. not. 21. 22. — Ueber die Beziehung der Publiciana zur Usucapio vgl. noch L. 7. §. 2. D. h. t. Marcellus . . . scribit, eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere. Ergo et Publicianam habebit. Damit scheinbar im Widerspruch L. 2. §. 16. D. pro emt. 41. 4. „nec Publiciana competit" (§. 160. Anm.); man kann hinzudenken: „adversus furiosum"; jedenfalls geht L. 7. §. 2. vor, nach §. 13. a. E.

2) Fraglich: ob fortdauernde bona fides erforderlich sey? a) nach R. Rt? L. 7. §. 11—17. D. h. t. vgl. L. 11. §. 3. eod. Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit sed donata ignoranti mihi, et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Julianus ait, si modo eo tempore, *quo experiar*, furtivam matrem ignorem. Zu lesen mit Cuiac. *„quo et pariat?"* b) nach heutigem Rt? (§. 159.) Schmid §. 16. not. 17., 18., dagegen W. §. 335. S. 597.

---

d) L. 16. 17. D. h. t. cf. L. 72. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. D. de exc. rei vend. 21. 3. L. 4. §. 32. D. de doli mali exc. 44. 4. L. 49. in f. D. mandati. 17. 1. — L. 24. D. de exc. rei iud. 44. 2. L. 28. D. de nox. act. 9. 4. e) L. 9. §. 4. D. h. t. cf. L. 31. §. 2. D. act. emti. 19. 1. f) L. 7. §. 6. 8. D. h. t.

3) Ueber das Verhältniß mehrerer bonae fidei possessores (not. f.): L. 9. §. 4. h. t. (Ulp.) Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit? Et Julianus ... scripsit: ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est, quodsi a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis: quae sententia vera est. Dagegen L. 31. §. 2. cit. (Nerat.) Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. Si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est. Vgl. W. S. 599. fg. Schmid S. 364. fg.

C. Schutz des Eigenthumsbesitzes überhaupt.

§. 171.

Zum Schutze des Eigenthumsbesitzes überhaupt, und so denn auch zum Schutze des abgeleiteten juristischen Besitzes, sind eigene prätorische Rechtsmittel gegeben, interdicta retinendae und recuperandae possessionis [a]). Die ersten, bezweckend die Erhaltung des gegenwärtigen Besitzes gegen Anfechtung eines Andern, dienen vorzüglich dazu, eine Entscheidung des Streites darüber, wer gegenwärtig besitze, herbeizuführen [b]); sie sind insofern der Eigenthumsklage zu vergleichen, welche eine Entscheidung über das Eigenthum (de proprietate), wie jene über den Besitz (de possessione), bezweckt, und sie dienen (als sog. Possessorium) zur Vorbereitung des Streites über das Eigenthum (Petitorium), sofern bei diesem die Parteirolle von dem Besitze abhängt [1]); doch sind sie auch anwendbar, um solche Störungen abzuwehren, welche zwar nicht den Bestand des Besitzes schlechthin anfechten, aber doch denselben theilweise durch anmaßliche Beschränkung der Verfügung über die Sache beeinträchtigen [c]), in ähnlicher Weise, wie durch die negatoria actio, das Recht zu solcher Beschränkung bekämpft wird [2]). Die interdicta recuperandae pos-

a) §. 4—6. J. de interdictis. 4. 15. b) L. 1. §. 2. 3. D. uti possid. 43. 17. §. 4. J. l c. cf. Gai. IV. 148. L. 35. D. de poss. 41. 2. c) L. 1. pr. §. 4. L. 3. §. 4—7. D. uti possid. L. 52. §. 1. D. de poss. 41. 2. L. 8. §. 5. in f. D. si serv. vind. 8. 5. cf. L. 11. D. de vi. 43. 16.

sessionis dagegen sind wesentlich nur auf Erfüllung der durch die widerrechtliche Besitzentziehung entstandenen Restitutionspflicht gerichtet, die unter den Gesichtspunkt einer obligatio ex delicto fällt; zum Schutze des bestehenden Besitzes dienen sie nur etwa mittelbar, dadurch, daß sie überhaupt stattfinden, dürfen jedoch des Zusammenhangs und dieser ihrer Bestimmung wegen schon an diesem Orte zugleich mit abgehandelt werden [3].

Anm. 1) L. 1. §. 2. 3. cit. Huius autem interdicti *(uti possidetis)* proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. §. 3. Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est; ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc, si res soli sit, de cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur. Vgl. not. b. Eine abweichende Theorie über das Wesen der interdicta retinendae possessionis wird aufgestellt von Savigny Rt des Besitzes §. 37—39. vgl. §. 6. und 12[a]., wornach auch diese wesentlich als Klagen ex maleficio zu denken und daher ins Obligationenrecht zu stellen wären, indem der angegebene Hauptfall ihrer Anwendung durch die Fiction einer zu befürchtenden Gewaltthätigkeit erklärt wird. Vgl. dagegen V. §. 336. P. Vorles. §. 133. M. §. 239. not. 10.

2) Mit Unrecht wird diese Anwendung der genannten Interdicte geläugnet von V. §. 336. S. 605., welcher dieselben nur gegen denjenigen anwendbar hält, der selbst auch Besitzer (der Sache) seyn will. Vgl. dagegen not. c., insbesondere L. 1. pr. D. 43. 17. *Uti* . . . possidetis, quominus *ita* possideatis, vim fieri veto. L. 8. §. 5. cit. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur *qualiter velit* suo uti. Savigny a. a. O. S. 478. Puchta Inst. II. S. 507. fg. Bruns Rt des Besitzes S. 47. fg. Zu weit geht freilich Thibaut im civ. Arch. XVIII. S. 321., der das interdictum uti possidetis für anwendbar hält, wenn „in der Nacht Spectakulanten in das Haus dringen, darin herumschreien, an die Thüren klopfen, die Thüren aufreißen" u. s. w.

3) Nicht hieher gehören die interdicta adipiscendae possessionis, die nur in Bezug auf bestimmte Rechtsverhältnisse stattfinden. §. 3. J. l. c.

§. 172.

1. Interdicta retinendae possessionis.

Zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes gibt es zwei Interdicte mit besondern Namen [1]), das interdictum uti possidetis für unbewegliche [a]), das interdictum utrubi für bewegliche Sachen [b]), nach Justinianischem Recht übrigens nicht mehr verschieden [c]). Veranlassung derselben ist eine Anfechtung des Besitzes, diese bestehe nun bloß in Bestreitung des Besitzes oder in thätlicher Störung desselben [d]). Ihr Zweck ist: Anerkennung des Besitzes, Schadensersatz wegen der vergangenen Störung, Unterlassung künftiger Störung [e]), wofür nach Umständen Sicherheit zu leisten ist (cautio de non amplius turbando). Aber diese Interdicte sind duplicia interdicta [f]); der Kläger kann eben so wohl verurtheilt werden wie der Beklagte, indem beide Parteien gleichmäßig als Kläger und Beklagte zu behandeln sind (§. 99.). Den Sieg gewinnt diejenige Partei, welche gegenwärtig den juristischen Besitz hat, vorausgesetzt, daß sie ihn nicht unrechtlicher Weise (vi, clam oder precario, §. 136.) gerade der Gegenpartei entzogen hat [g]); ist dieses der Fall, so nützt ihr der gegenwärtige Besitz nicht, und so kann der gegenwärtig nicht besitzende Kläger, eben so wohl wie der nicht besitzende Beklagte, durch diesen Rechtstreit auch den Besitz wieder erlangen [2]), den die Gegenpartei auf fehlerhafte Weise von ihm erhalten hat [h]). Der Anspruch auf Schadensersatz verjährt übrigens durch Ablauf eines utilis annus (§. 90.) von Zeit der begangenen Besitzstörung an [3]), sofern nicht der Gegner noch jetzt Vortheil davon hat [i]).

Anm. 1) L. 1. pr. D. h. t. 43. 17. Ait praetor: *uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. De cloacis hoc interdictum*

---

a) Dig. uti possidetis. 43. 17. Cod. 8. 6. b) Dig. utrubi. 43. 31. c) §. 4. in f. J. l. c. L. 1. §. 1. D. l. c. cf. Gai. IV. 150—152. d) §. 171. not. b. c. e) L. 1. pr. §. 1. L. 3. §. 11. D. uti possid. 43. 17. cf. L. un. Cod. h. t. f) §. 7. J. l. c. L. 3. §. 1. D. l. c. L. 2. pr. D. de interd. 43. 1. g) L. 1. pr. §. 9. L. 2. 3. pr. D. uti possid. L. 53. D. de poss. 41. 2. h) L. 3. pr. cit. L. 1. §. 1. D. utrubi. §. 4. J. l. c. cf. Gai. IV. 166—168. i) L. 1. pr. D. uti poss. L. 4. D. de interd. 43. 1.

non dabo; neque pluris quam, quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam. L. 1. pr. D. utrubi. 43. 31. Praetor ait: *Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.* §. 1. Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet; sed obtinuit, vim eius exaequatam fuisse *uti possidetis* interdicto, quod de rerum soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi nec clam nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet. Vgl. überhaupt Sav. a. a. O. Bruns a. a. O. §. 6.

2) Dieß wird noch von Sav. S. 483. 491. nicht angenommen, indem er nach der bisher herrschenden Lehre nur dem Beklagten eine exceptio vitiosae possessionis gibt. So auch Sint. §. 46. not. 19. Vgl. dagegen V. §. 336. P. §. 133. Keller in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XI. 9. Bruns S. 57. fg. In den Quellen ist von einer Exceptio in dieser Beziehung keine Rede, und konnte nicht wohl davon die Rede seyn, weil das Edict ausdrücklich nur in so weit Schutz versprach, uti nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis.

3) Mit Unrecht wird diese Verjährung auch auf die Einwendung der Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes bezogen. V. §. 336. S. 613. P. §. 133. not. g. Dagegen L. 4. D. de interd. und L. 1. §. 5. D. uti possid. Perpetuo autem huic interdicto insunt haec: *quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides.* Vgl. Rudorff in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XI. S. 335. „Schadensersatz für vergangene Verletzungen... ist die einzige (Function des Interdicts), für welche die Verjährung des Inderdicts einen Sinn hat."

4) Neben den interdicta retinendae possessionis oder dem sog. possessorium ordinarium, wodurch im Fall des Streites entschieden wird, welche Partei während des Petitoriums den Besitz habe, ist in der gemeinrechtlichen Praxis noch ein sog. possessorium summarium oder summariissimum zugelassen, zur Entscheidung über den provisorischen Besitzstand während des possessorium ordinarium, nachdem ein darauf bezügliches Institut des ältern Rechts (fructus licitatio, Gai. IV. 166—169.) ins Justinianische Recht nicht übergegangen ist. Particularrechtlich aber kommt dieser Gegensatz auch in der Bedeutung vor, daß das possessorium summarium dem gemeinrechtlichen poss. ordinarium gleichsteht, das poss. ordinarium dagegen, ähnlich der Publiciana actio, nur den auf einen Erwerbtitel sich gründenden Besitz betrifft. Vgl. Sav. a. a. O. §. 51. Bruns a. a. O. §. 28. 33. 44. und S. 397. fg. Bayer, Summar. Proc. S. 168. fg.

§. 173.

2. Interdicta recuperandae possessionis.

Obgleich nach §. 172. auch die interdicta retinendae possessionis dazu führen können, den verlornen Besitz wieder zu

erlangen, sofern derjenige, welcher ihn dem Kläger unrechtmäßiger Weise entzogen hat, noch besitzt, so gibt es doch noch besondere, von dieser Voraussetzung unabhängige Interdicte, die wesentlich auf Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes gerichtet sind. Sie sind 1) das interdictum de vi [a]). Nach römischem Rechte [1]) steht dieses demjenigen [b]), oder auch den Erben desjenigen [c]), welcher durch eine gegen seine eigene oder seines Stellvertreters Person verübte Gewalt [d]) aus dem juristischen Besitze [e]) einer unbeweglichen Sache [f]) verdrängt worden ist (deiectus), gegen denjenigen zu, welcher die gewaltsame Besitzentsetzung selbst vorgenommen, oder durch Andere bewirkt, oder die in seinem Namen vorgenommene genehmigt hat [g]), er mag jetzt sich im Besitze befinden oder nicht [h]), und zwar auf Wiedererstattung des Besitzes und vollen Schadensersatz, namentlich auch Ersatz aller andern Sachen, welche dem Dejicirten durch die Dejection verloren gegangen sind [i]), jedoch nur innerhalb eines annus utilis, nach dessen Ablauf nur mehr in id, quod ad deiicientem pervenit, geklagt werden kann [k]). Mit gleicher Beschränkung findet auch gegen die Erben des Dejicienten eine Klage statt [l]), sodann gegen denjenigen, in dessen Namen zwar, aber ohne dessen Auftrag oder Genehmigung, durch von ihm abhängige Personen die Besitzentsetzung verübt worden ist [m]), nicht auch gegen denjenigen, auf welchen sonst von dem Dejicienten der Besitz übergegangen ist [n]). Als gewaltsamer Besitzer soll aber auch derjenige belangt werden können, welcher des Grundstücks eines Abwesenden sich bemächtigt hat [o]). Nach canonischem Rechte ist nicht nur die Haftung der Erben des gewaltsamen Besitzers weiter ausgedehnt (§. 104. Anm. 2.),

---

a) Dig. de vi et de vi armata. 43. 16. Cod. unde vi. 8. 4. Si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio. 8. 5. b) L. 1. pr. §. 1. D. h. t. c) L. 1. §. 44. D. h. t. d) L. 1. §. 3. 22. 28. 29. D. h. t. e) L. 1. §. 9. 10. 23–26. eod. L. 1. Cod. si per vim. 8. 5. f) L. 1. §. 3–6. D. eod. §. 6. J. de interd. 4. 15. g) L. 1. §. 11–18. L. 3. §. 10–12. D. h. t. h) L. 1. §. 13. 42. L. 15. 16. eod. i) L. 1. §. 31–41. L. 6. 9. §. 1. L. 10. 15. D. eod. L. 9. Cod. h. t. 8. 4. k) L. 1. pr. §. 39. D. h. t. l) L. 1. §. 48. L. 2. 3. pr. L. 9. pr. eod. m) L. 1. §. 15. 19. eod. n) L. 3. §. 10. D. uti possid. 43. 17. o) L. 11. Cod. h. t. 8. 4. (Justinianus Joanni p. p. a. 532.).

sondern auch gegen den dritten Besitzer die Klage auf Wiedererstattung des Besitzes zugelassen [p]), falls dieser von der gewaltsamen Besitzentsetzung des früheren Besitzers unterrichtet war [2]).

2) das interdictum de precario [q]). Dieses bezieht sich auf den Fall, wenn Jemanden Besitz auf beliebigen Widerruf überlassen ist [3]), was gewöhnlich auf ergangene Bitte geschieht; daher der Name [r]). Ein solcher Precarist hat der Regel nach abgeleiteten juristischen Besitz, der gegen Andre als den Verleiher durch die gewöhnlichen Interdicte geschützt ist [s]). Wenn nun aber auf ergangenen Widerruf der Besitz dem Verleiher nicht zurückerstattet wird, so steht diesem das genannte Interdict gegen den Empfänger oder dessen Erben [t]) zu Gebote, um sich Rückerstattung des Besitzes und Ersatz des durch dolus oder lata culpa des Gegners verursachten Schadens zu verschaffen [u]).

Anm. 1) L. 1. pr. D. de vi. Praetor ait: *Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum, de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo.* — Ueber die Unterscheidung des ältern Rechts zwischen dem interdictum de vi armata und de vi quotidiana, welches letztere durch Fehlerhaftigkeit des Besitzes ausgeschlossen war, vgl. Gai. IV. 154. 155. mit §. 6. J. de interd. 4. 15. — „Die Ansicht Thibaut's, daß bei diesem Interdict auch die Detention hinreiche, hat kaum den Schein eines Grundes für sich." P. §. 135. not. a. vgl. oben §. 136. Anm. 2. — Ueber die Frage, ob durch L. 7. Cod. h. t. (§. 94. not. h.) dieses Interdict auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt sey, vgl. Sav. a. a. O. §. 40.; dagegen Puchta a. a. O. Bruns §. 7.

2) Die Klage auf Wiedererstattung gewaltsam entzogenen Besitzes heißt nach canonischem Recht actio spolii, der aber in der Praxis noch eine viel weitere Ausdehnung gegeben wurde. Vgl. darüber und über die exceptio spolii: Sav. §. 50. Bruns §. 16—23.

3) L. 2. pr. D. de precario. Ait praetor: *Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.* Sav. §. 42. Schmidt, das Commodatum und Precarium. Leipzig 1841. (vgl. Schmidt von Ilmenau in krit. Jahrb. VII. S. 769. bis 793.). Bulling, das Precarium. Leipzig 1846.

4) Interdictum de clandestina possessione? L. 7. §. 5. D. comm. div. 10. 3. Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum

p) cap. 18. X. de restitutione spoliatorum. 2. 13. q) Dig. de precario. 43. 26. Cod. de precario et Salviano interdicto. 8. 9. r) L. 1. 2. §. 3. L. 4. §. 2. D. h. t. s) L. 4. §. 1. D. h. t. cf. L. 10. §. 1. D. de poss. 41. 2. §. 135. not. l. §. 172. not. g. t) L. 8. §. 8. D. h. t. L. 2. Cod. h. t. u) L. 8. §. 4—6. D. h. t.

vi possidere, non debere hoc iudicium (communi dividundo) dari, nec post annum quidem, quia placuit, etiam post annum in eum, qui vi deiecit, interdictum reddi; et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. Sed et si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse ait, cessare hoc iudicium; nam de clandestina possessione competere interdictum inquit. Darüber Savigny a. a. O. §. 41.

§. 174.

V. Verlust des Eigenthums.

In allen Fällen, wenn ein Andrer das Eigenthum erwirbt, versteht sich von selbst, daß der bisherige Eigenthümer dasselbe verliert. Dieses kann aber auch geschehen, ohne daß das Eigenthum auf einen Andern übergeht, entweder mit dem Willen des Eigenthümers, durch Dereliction, wozu aber Veräußerungsbefugniß desselben vorausgesetzt wird, oder auch ohne dessen Willen, aus den in §. 127., 128. angedeuteten Gründen.

Drittes Capitel.

Von den Dienstbarkeiten [1]).

I. Wesen derselben.

§. 175.

A. Begriffbestimmung.

Eine Dienstbarkeit, Servitut, ist ein das Eigenthum einer Sache rücksichtlich ihrer Benutzung zu Gunsten einer bestimmten Person oder eines bestimmten Grundstücks beschränkendes dingliches Recht, welches also entweder an eine bestimmte Person als berechtigtes Subject geknüpft, oder mit dem Eigenthum eines bestimmten Grundstücks, das hier gewissermaßen als berechtigtes Subject erscheint, verbunden ist. Durch dieses Merkmal unterscheiden sich die Dienstbarkeiten von der Emphyteuse und Superficies, als selbständig vererblichen und veräußerlichen Rechten [2]). Ihrem Inhalt nach sind sie, gleich diesen, Bestandtheile des Eigenthums, welche diesem entnommen nunmehr als selbständige Rechte einem Andern als dem Eigenthümer zustehen.

Daraus folgt jedoch nicht nothwendig, daß nun der Eigenthümer selbst diejenige Befugniß, die den Inhalt der Servitut bildet, nicht mehr habe; er verliert von seinen Eigenthumsrechten nur so viel, als mit den dem Servitutberechtigten zustehenden Befugnissen unverträglich ist; dieß aber ist jedenfalls die der Befugniß des Servitutberechtigten gegensätzlich entsprechende, positive oder negative, Eigenthumsbefugniß [3]).

Anm. 1) Die neuesten Bearbeitungen dieser Lehre sind: Luden, die Lehre von den Servituten. Jena 1837. Hoffmann, d. L. v. d. S. nach R. Rt. 2 Thle. Darmstadt 1838. 1843.

2) Das Wort servitus bezeichnet zunächst, im passiven Sinne, die Beschränkung, häufiger aber, im activen Sinn, das entsprechende Recht. Im weitern Sinn wird einmal auch die Superficies servitus genannt. L. 86. in f. D de legat. I.

3) Ueber diesen Punkt vgl. gegen V. §. 338. Anm. 1. Scheurl in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XII. S. 242. fg. und Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 250. fg.

§. 176.

B. Allgemeine Grundsätze.

Von den Dienstbarkeiten überhaupt gelten folgende allgemeine Grundsätze, die sich zum Theil schon aus ihrer Natur als dingliche Rechte an einer fremden Sache von selbst ergeben: 1) der Inhalt der Servitut kann nicht darin bestehen, daß der Eigenthümer der dienenden Sache etwas zu thun verpflichtet sey, sondern nur darin, daß derselbe etwas dulde oder etwas unterlasse, was er als unbeschränkter Eigenthümer zu verwehren, beziehungsweise zu thun befugt wäre. 2) Niemand kann an seiner eigenen Sache eine Servitut haben. 3) Eine Servitut kann nicht selbst wieder Gegenstand einer Servitut seyn. 4) Die Servitut muß für das berechtigte Subject einen Vortheil gewähren; sie kann nicht bloß darin bestehen, daß der Eigenthümer sich etwas versage, was für den Andern ohne Interesse ist.

Anm. a) L. 15. §. 1. D. de servitut. 8. 1. Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. (§. 131.). b) L. 26. D. de serv. praed. urb. 8. 2. Nulli res sua servit. c) L. 1. D. de usu leg. 33. 2. Servitus servitutis esse non potest. cf. L. 33. §. 1. D. de serv. praed. rust. 8. 3. d) L. 15. pr. D. de servit. 8. 1. Quoties nec hominum nec

praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas; et ideo si mihi concedas, ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur; aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia. cf. L. 19. eod. Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo; veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus potest; quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sint. Vgl. überhaupt V. §. 338. Anm. 2.

§. 177.

C. Haupteintheilung.

Die Dienstbarkeiten sind, wie sich aus §. 175. von selbst ergibt, entweder persönliche, servitutes personarum, Personalservituten, oder Grunddienstbarkeiten, servitutes rerum, iura praediorum, Prädial- oder Realservituten, je nachdem das Recht wesentlich nur einer bestimmten Person gegeben ist oder zum Vortheil eines bestimmten Grundstücks, daher für jeden Eigenthümer dieses Grundstücks, besteht. Die letzten sind von unbegränzter Manchfaltigkeit, die ersten dagegen kommen unter bestimmten Gestalten und Namen vor, namentlich Usus und Usus-fructus. Gleichwohl aber sind auch diese durch Beschränkung auf bestimmte Nutzungen einer Sache einer gleichen Manchfaltigkeit des Inhalts empfänglich, oder, mit andern Worten, es können Befugnisse der Art, wie sie den Inhalt von Grunddienstbarkeiten bilden, auch als persönliche Dienstbarkeiten, als ein bezüglich des Gegenstandes beschränkter Usus oder Usus-fructus, eingeräumt werden, so fern sie auch einer Person für sich, ohne mit dem Eigenthum eines Grundstücks verbunden zu seyn, Vortheil gewähren können. Man hat daraus, unnöthiger Weise, den Begriff sogenannter irregulärer Servituten gebildet, die man, verkehrter Weise, als eine Art von Mittelding zwischen persönlichen und Grund-Dienstbarkeiten auffaßte, während sie nichts andres, als wahre persönliche Dienstbarkeiten, nur von beschränktem Inhalt oder Gegenstand, sind.

Anm. L. 1. D. de servitut. 8. 1. Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum. L. 4. D. de s. p. r. 8. 3. Pecoris pascendi servitus, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur. Si tamen testator perso-

nam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus. L. 6. pr. eod. Veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus fundi exportaretur... Sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, ususfructus erit. L. 37. eod. ... Paulus respondit, usum aquae personalem ad heredem Seii, quasi usuarii, transmitti non oportere. cf. L. 1. in f. D. de usu leg. 33. 2. L. 6. D. de servit. leg. 33. „usum transeundi personae datum." — L. 14. §. 3. D. de alim. leg. 34. 1. Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat: consulebar de fideicommisso, quum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi vel in tuo uvas premendi, vel area tua ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi: haec enim aqua personae relinquitur. Zu emendiren: ... *est servitus, personae tamen eius, ... utiliter* (oder: *non inutiliter*) *relinquitur;* am Ende: *haec enim aeque personae relinquuntur.* Vgl. V. §. 339. Anm. 1.) Zachariä über die sog. irregulären Personalservituten im civ. Archiv. XXVII. 1. gegen Mühlenbruch im civ. Arch. XV. 18. — Uebrigens werden die Prädialservituten in den Quellen oft vorzugsweise unter servitutes verstanden. §. 6. J. de usu. 2. 5. vgl. mit titt. J. 2. 3. u. 4. Dig. lib. 7. u. 8.

D. Die einzelnen Arten der Dienstbarkeiten.

1) Persönliche Dienstbarkeiten.

a) Der Nießbrauch. Ususfructus [a]).

§. 178.

α) Begriff und Voraussetzungen.

Nießbrauch, Ususfructus, ist das einer bestimmten Person zustehende Recht an einer fremden, beweglichen oder unbeweglichen, nicht verbrauchbaren, Sache auf den von dieser durch Gebrauch und Fruchtgewinn, ohne Verbrauch derselben, zu ziehenden Nutzen [b]). Der Berechtigte heißt Nutznießer, Usufructuarius

[a]) Inst. de usufructu. 2. 4. Dig. de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. 7. 1. Cod. de usufructu et habitatione et ministerio servorum. 3. 33. cf. Vat. fragm. §. 41—93. [b]) pr. J. h. t. L. 1. 2. D. h. t. vgl. §. 52. 181.

oder Fructuarius [c]); das Eigenthum, welchem das Recht der Nutznießung und somit einstweilen sein wesentlichster Vortheil entnommen ist, wird, so lange diese Beschränkung besteht, nuda proprietas (sc. deducto usufructu) genannt, der Eigenthümer dominus proprietatis oder proprietarius [d]). Der Nießbrauch ist ein theilbares Recht [e]); er kann auf einen intellectuellen Theil der Sache beschränkt seyn, so daß das Eigenthum für den übrigen Theil unbeschränkt ist oder auch der Nießbrauch mehrern an derselben Sache gemeinschaftlich (pro partibus indivisis) zusteht [f]).

Anm. L. 1. D. h. t. Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. L. 2. Est enim ius in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est. Sog. ususfr. formalis im Gegensatz gegen sog. ususfructus causalis, d. i. das Nutzungsrecht des Eigenthümers selbst. — Aeltere Bearbeitungen dieser Lehre: Galvani de usufructu dissertationes variae, zuerst Patav. 1650. Noodt de usufructu libri II., zuerst Lugd. Bat. 1713., in dessen opp. omn. Col. 1732. Tom. I. p. 339—416.

§. 179.

β) Rechte des Nutznießers.

Der Nutznießer hat 1) was die Nutzung der Sache betrifft, der Regel nach das Recht, diese, mit Ausschließung des Eigenthümers, allein zu gebrauchen und ohne Beschränkung auf sein persönliches Bedürfniß deren Früchte zu ziehen, auch durch Erzielung sogenannter juristischer Früchte (fructus civiles, §. 55.) die Sache für sich nutzbar zu machen, aber ohne diese selbst zu verzehren, in der Art und Weise, wie ein verständiger und sorgfältiger Eigenthümer sie nutzen würde, tanquam bonus paterfamilias, boni viri arbitratu, und mit Rücksicht darauf, daß die Sache dereinst dem Eigenthümer zurückzuerstatten ist [a]). Nach diesem allgemeinen Gesichtspunkte und unter Berücksichtigung der besondern Beschaffenheit und Bestimmung der dienenden Sache ist der Umfang der Nutzungsbefugnisse im einzelnen Falle zu ermessen [b]), welche im Allgemeinen erschöpfend zu bestimmen

c) L. 14. §. 1—3. D. de usu. 7. 8. d) §. 1. 3. J. h. t. L. 1. §. 3. L. 15. §. 6. L. 17. D. h. t. e) L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 5. D. h. t. L. 5. §. 2. D. si ususfr. pet. 7. 6. L. 19. D. de usu. 7. 8. f) L. 7. §. 7. 10. D. comm. div. 10. 3.

a) L. 7. pr. L. 9. 13. pr. D. h. t. b) L. 7. et sqq. D. h. t.

weder nöthig noch thunlich ist [1]). Die natürlichen Früchte erwirbt der Nutznießer durch Perception (§. 156.), junge Thiere jedoch sofort durch die Trennung vom Mutterthier [c]); und zwar erstreckt sich dieses Recht auf alle beim Beginn des Nießbrauches noch mit der Hauptsache verbundenen Fruchterzeugnisse, da hingegen die zur Zeit der Endigung desselben noch nicht gewonnenen Früchte wieder dem Eigenthümer zufallen [d]). Gewährt die Sache von selbst juristische Früchte, die der Zeitdauer entsprechen, so sind diese nach Verhältniß der Dauer des Nießbrauches zwischen dem Eigenthümer und Nutznießer zu theilen [e]); sind sie aber nur ein Ersatz für zu ziehende natürliche Früchte, so kommt es darauf an, wem die letzten durch unmittelbare Perception zugefallen wären, während die Wirkungen willkürlich eingegangener obligatorischer Rechtsverhältnisse des einen den andern nicht angehen [f]). Auf den Zuwachs der Hauptsache erstreckt sich das Recht des Nutznießers nur insofern, als jener nicht in einer für sich bestehenden, mit dieser nicht unmittelbar verbundenen Sache besteht, daher namentlich nicht auf die insula in flumine nata [g]). Zum Zweck der Ausübung seines Rechts gebührt dem Nutznießer die Detention der Sache [h]). Uebrigens kann das Nutzungsrecht des Nutznießers durch besondere Bestimmung bei Begründung der Servitut wie durch spätere Uebereinkunft rücksichtlich seines Umfangs mehr oder weniger eingeschränkt werden [i]).

2) Was die Verfügung über die Sache selbst angeht, so darf der Nutznießer ohne Einwilligung des Eigenthümers die Sache weder ganz verbrauchen noch auch wesentliche Veränderungen mit derselben vornehmen, die nicht durch den Zweck ordnungsmäßiger und ihrer Bestimmung entsprechender Benutzung gerechtfertigt werden [2]), was ebenfalls wieder nach billigem Ermessen (arbitratu boni viri) mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Sache im einzelnen Falle näher zu bestimmen ist [k]). Er

c) L. 13. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 28. D. de usur. et fruct. 22. 1. L. 68. D. h. t. d) L. 13. cit. L. 12. §. 5. L. 27. pr. L. 48. §. 1. D. h. t. e) L. 25. §. 2. L. 26. D. h. t. f) L. 58. pr. D. h. t. L. 59. §. 1. eod. g) L. 9. §. 4. D. h. t. h) L. 12. pr. D. de poss. 41. 2. L. 4. D. uti poss. 43. 17. i) L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35. 2. vgl. §. 177. k) L. 7. §. 3. L. 8. L. 13. §. 4—8. D. h. t.

kann eben so seinerseits dem Eigenthümer jede seine Nutzung beeinträchtigende Aenderung der Sache untersagen [l]).

3) Ueber sein Recht selbst kann der Nutznießer zwar in so fern nach Belieben verfügen, als er die Ausübung desselben einem Andern, entgeltlich oder unentgeltlich, überlassen darf [m]) (donare, locare, vendere usumfructum in diesem Sinn); er kann aber nicht das Recht des Usufructus selbst auf einen Andern übertragen, so daß dieser nun an seiner Statt der eigentliche Usufructuar würde [n]), und eben so wenig andere Rechte an der Sache, z. B. Servituten, einräumen, wodurch das Eigenthum geschmälert würde. Andrerseits kann der Eigenthümer wohl seine nuda proprietas veräußern [o]), aber keinerlei rechtliche Verfügung in Ansehung der Sache, welche das Recht des Nutznießers beeinträchtigt, einseitig vornehmen, z. B. keine Servituten einräumen oder aufgeben [p]). Daß er aber sogar mit Einwilligung des Nutznießers keine Servitut an der Sache soll bestellen können [q]), ist eine wohl nur aus formellen Gründen des ältern Rechts zu erklärende unpraktische Bestimmung [3]).

Anm. 1) Ueber den Nießbrauch an Waldungen insbesondere vgl. Laspeyres im civ. Arch. XIX. 4. V. §. 344. Anm. 1. und Zachariä in d. Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. S. 130. fg.; über den Bezug von juristischen Früchten (not. e.), namentlich Vertheilung von Grundgefällen: Wächter Erörtr. I. S. 72—87.

2) L. 13. §. 4. D. h. t. Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest. Et ... non debet neque arbores frugiferas excidere neque villam diruere nec quidquam facere in perniciem proprietatis. Et si forte voluptare fuit praedium, viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debebit deiicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectat. §. 5. ... Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit; ergo et auri et argenti et sulphuris et ferri et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit exercere poterit vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis vel arbustis vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec deiicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare

---

l) L. 13. §. 7. L. 19. §. 1. D. h. t. m) L. 12. §. 2. L. 38—40. L. 67. D. h. t. n) L. 15. D. fam. erc. 10. 2. §. 3. J. h. t. o) L. 2. Cod. h. t. p) L. 15. §. 7. — L. 17. D. h. t. q) L. 15. §. 7. cit. in f.

proprietatem. Bei dieser Stelle hat man sich ohne Noth Schwierigkeiten gemacht, die man denn durch Textesänderung oder gezwungene Erklärung zu beseitigen suchte. Feuerbach Vers. Nr. IV. Madai im civ. Archiv. XV. 16. Sint. §. 59. not. 22. Vgl. dagegen Hagemeister im civ. Mag. III. 13. V. §. 344. Anm. 2. P. §. 181. not. o.

3) L. 15. §. 7. cit. sagt zuerst: Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius nec amittere servitutem; dann am Ende: Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest, worauf L. 16., an diesem Platze unpassend eingefügt, fortfährt: nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, ius sibi non esse altius tollere; als ob auch das letzte nur möglich wäre consentiente usufructuario, worauf es doch hier nicht ankommen kann. Den Schlußsatz der L 15. cit. aber hat man als „eine, allerdings etwas subtile, Consequenz" aus dem Princip: *Servitus servitutis esse non potest* zu erklären versucht: V. S. 624., auf eine hypersubtile Weise. Marezoll findet die Erklärung desselben darin, daß die persönliche Servitut nicht von der Person getrennt, also weder ganz noch zum Theil auf einen Andern übertragen werden könne: Krit. Jahrb. IV. S. 166., wie auch schon Puggé vermuthete, daß er in der Unzulässigkeit der in iure cessio von Seiten des Usufructuars an einen Extraneus seinen Grund gehabt habe. Zachariä aber äußert die Vermuthung, daß der Ausspruch Ulpian's mit der Lehre von der remissio servitutis (nach altem Recht, durch in iure cessio) zusammenhänge und nur durch Mißverständniß in Justinian's Digesten aufgenommen, also eine unpraktische Antiquität sey. Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. S. 133. Die beiden letzten Meinungen zusammengenommen enthalten das Wahre. Die in iure cessio des Eigenthümers allein konnte die Servitut nicht begründen; die in iure cessio des Usufructuars, qua nihil agitur, konnte, eben so wenig wie dessen formlose Zustimmung, den Mangel nicht heben, und noch weniger war eine gemeinschaftliche in iure cessio beider denkbar. Daß aber der Satz in der That eine unpraktische Antiquität enthalte, ergibt sich aus folgender Erwägung: der Usufructuar kann sein Recht dem Eigenthümer gegenüber jetzt durch bloßen Vertrag sowohl theilweise als ganz aufgeben, und über das Aufgegebene kann der letzte wieder frei verfügen; müßte also jener Satz als gesetzlicher Ausspruch auch stricte festgehalten werden, so könnte doch unzweifelhaft der Usufructuar zunächst den ganzen Nießbrauch aufgeben, dadurch den Eigenthümer zu vollkommen wirksamer Bestellung der Servitut in Stand setzen, und mit dieser Beschränkung den Nießbrauch sich wieder einräumen lassen; und da nun dieses Alles durch einfache Verträge bewerkstelligt werden kann, so würde eben dieses als die beabsichtigte Wirkung der mit Einwilligung des Nutznießers vorgenommenen Bestellung der Servitut anzuerkennen seyn.

§. 180.

γ) Verbindlichkeiten des Nutznießers.

Der Nutznießer soll die Sache nicht nur mit schonender Rücksicht auf den Eigenthümer benutzen, sondern auch wie ein bonus paterfamilias in gutem Zustande zu erhalten beflissen seyn[a]), so weit nicht die Zeit und angemessene Nutzung eine Minderung ihres Werthes unvermeidlich mit sich bringt[b]); er muß daher das gewöhnlich Erforderliche zur Erhaltung der Sache leisten, z. B. bei Gebäuden die gewöhnlichen Reparaturen[c]), bei Thieren die gewöhnliche Pflege und Fütterung bestreiten[d]), eine Heerde durch Ergänzung aus den Jungen vollzählig erhalten[e]), Waldungen, Weinberge u. dgl. durch Nachpflanzen im Stande erhalten[f]) u. s. w. Auch hat er die Lasten und Abgaben der Sache zu tragen[g]). Er haftet für die Folgen seiner Nachlässigkeit; für außergewöhnliche Schadensfälle hat er nicht einzustehen[h]). Nach Endigung des Nießbrauchs muß er die Sache herausgeben und wegen verschuldeter Zerstörung oder Abwerthung Ersatz leisten[i]), kann jedoch auch schon während der Dauer des Nießbrauchs wegen einzelner Verbindlichkeiten belangt werden[k]). Diese Verbindlichkeiten werden durch besondere Caution gesichert[l]), cautio usufructuaria[1]), der Regel nach durch Realcaution[m]), zu deren Leistung der Nutznießer durch Vorenthaltung der Benutzung oder auch durch Klage angehalten werden kann[n]). Doch kann diese Cautionsleistung durch besondere Verabredung[o]) er-

a) L. 9. pr. D. h. t. b) L. 12. §. 1. L. 15. §. 3. 4. D. h. t. L. 9. §. 3. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. c) L. 7. §. 2. D. h. t. L. 7. Cod. h. t. d) L. 15. §. 2. D. eod. e) L. 68. §. 2. — L. 70. eod. §. 38. J. de rer. div. 2. 1. cf. L. 62. §. 1. D. h. t. f) §. 38. J. cit. L. 7. §. 3. L. 9. §. 6. D. h. t. g) L. 7. §. 2. in f. L. 27. §. 3. L. 52. D. eod. L. 28. D. de usu leg. 33. 2. h) L. 7. §. 2. L. 65. §. 1. L. 59. pr. D. h. t. i) L. 1. §. 7. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. L. 15. §. 7. D. h. t. 7. 1. k) L. 1. §. 6. D. 7. 9. l) Dig. usufructuarius quemadmodum caveat. 7. 9. m) L. 5. §. 1. L. 7. pr. D. l. c. L. 13. pr. D. h. t 7. 1. cf. Pauli sentt. I. 11. §. 2. III. 6. §. 27. n) L. 7. pr. cit. L. 13. pr. cit. o) L. 46. D. de pactis. 2. 14. cf. L. 7. Cod. ut in poss. legat. 6. 54. L. 1. Cod. de usufr. 3. 33.

lassen werden [2]), und in gewissen Fällen [p]) ist sie nach gesetzlicher Bestimmung erlassen [3]). Durch Aufgeben seines Rechts kann sich der Nutznießer jener Verbindlichkeiten für die Zukunft entledigen [q]).

Anm. 1) L. 1. pr. D. h. t. 7. 9. Aequissimum praetori visum est, de utroque legatarium cavere, et usurum se boni viri arbitratu, et quum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit. — §. 6. Habet autem stipulatio ista duas causas, unam, si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitrabitur, aliam de usufructu restituendo; quarum prior statim committetur, quum aliter fuerit usus, et saepius committetur; sequens committetur finito usufructu.

2) L. 7. Cod. cit. (Imp. Alexander a. p. Chr. 226.). Scire debetis, fideicommissi quidem et legati satisdationem remitti posse, Divum Marcum et Commodum constituisse. Ut autem boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur, minime satisdationem remitti testamento posse. Den Grund dieser sonst unbegreiflichen Beschränkung hat man in der Beziehung zu Vorschriften der Lex Julia et Papia Poppaea, der Lex Julia vicesimaria und der Lex Falcidia gefunden. Hugo R. Rtsgsch. S. 921. Sint. §. 39. not. 54. Im Justinianischen Rechte hat sie keinen Sinn mehr, nachdem die beiden ersten Gesetze abrogirt sind und durch nov. 1. cap. 2. auch gestattet ist, den Abzug der quarta Falcidia zu untersagen. Das Pflichttheilsrecht kann natürlich durch solche Verfügung nicht geschmälert oder gefährdet werden.

3) Von der Caution befreit sind nach not. p. a) der Nutznießer, dem ex die certo auch die Proprietät zufällt, b) der Vater als Nutznießer der bona adventitia seiner Kinder, c) der Mann rücksichtlich des in dotem gegebenen Nießbrauchs, d) der coniux binubus rücksichtlich des ihm gesetzlich verbleibenden Nießbrauchs an den den Kindern erster Ehe zufallenden Immobilien, sodann nach der Natur der Sache e) der Schenker, der sich den Nießbrauch an der geschenkten Sache vorbehielt, und nach §. 93. gewissermaßen f) der Fiscus und Stadtgemeinden.

§. 181.

δ) Quasiususfructus.

Verbrauchbare Sachen können nicht Gegenstand des Nießbrauches als eines dinglichen Rechts an fremder Sache seyn (§. 178.). Durch Senatsbeschluß ist aber ausdrücklich erklärt

p) L. 9. §. 2. D. l. c. 7. 9. — L. 8. §. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. — L. 2. Cod. ne fideiuss. dot. 5. 20. — L. 6. §. 1. Cod. de sec. nupt. 5. 9. vgl. §. 93. Anm. 2. q) L. 64. 65. D. h. t. 7. 1.

worden, daß an allen Vermögensgegenständen der Nießbrauch vermacht werden könne [1]). Darnach ist nun in Ansehung verbrauchbarer Sachen ein dem wahren Nießbrauch analoges Rechtsverhältniß (quasi ususfructus) anerkannt, darin bestehend, daß solche Sachen in das Eigenthum desjenigen, der die Nutznießung haben soll, übertragen werden, mit der Verpflichtung, dereinst, wenn der Fall eintritt, welcher dem wahren Nießbrauch ein Ende machen würde, dieselbe Quantität von Sachen derselben Gattung oder deren Geldeswerth demjenigen herauszugeben, welchem bei dem wahren Nießbrauch deren ursprünglicher Gegenstand selbst herauszugeben wäre [a]). Auf diese Verpflichtung ist denn hier auch die zu leistende Caution gerichtet [b]). Ein Quasiususfructus ist aber auch auf Forderungen anwendbar [c]), ususfructus nominum [2]), und so kann nun auch an einem ganzen Vermögen der Nießbrauch gegeben werden [d]), welcher dann in Ansehung der dazu geeigneten Vermögensgegenstände als wahrer, in Ansehung der übrigen als Quasi-Ususfructus zu betrachten ist. Aber es kann nun auch in Beziehung auf Sachen, die an sich des wahren Nießbrauchs nicht schlechthin unfähig, aber der Gefahr wesentlich entwerthender Abnutzung unterworfen sind, z. B. Kleider [3]), ein Quasiususfructus bestellt werden [e]).

Anm. 1) L. 1. D. h. t. Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit: quo Scto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari. L. 2. §. 1. eod. Quo Scto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit; sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi. §. 2. J. cit. in f. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, nec enim poterat, sed per cautionem quasi usumfructum constituit. Eine neue Bearbeitung dieser Lehre: Ph. Held, die Lehre vom ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. Würzburg 1848.

---

a) Dig. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. 7. 5. §. 2. J. de usufructu. 2. 4. b) §. 2. J. cit. L. 2. 4. 6. 7. 9—11. D. l. c. L. 1. Cod. h. t. 3. 33. cf. L. 5. §. 1. D. eod. — L. 6. pr. D. ut in poss. legat. 36. 4. c) L. 3. 4. D. h. t. 7. 5. d) L. 3. D. l. c. e) §. 2. J. cit. L. 15. §. 4. D. de usufr. 7. 1. L. 9. §. 3. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. cf. rubr. tit. D. cit. (not. a.) verb. „*vel minuuntur.*“

2) Ueber die hierbei möglichen Modificationen: M. §. 285. not. 2. 3. P. Vorles. §. 182. a. E. Hoffmann. §. 51. Held §. 12.

3) L. 15. §. 4. D. 7. 1. Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut (*non sic, ut?*) quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita eum uti debere, ne abutatur; nec tamen locaturum, quia vir bonus non ita uteretur. Vgl. §. 2. J. cit. „quae usu consumuntur .... quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta, quibus proxima est pecunia numerata; namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. — Ueber die verschiedenen Meinungen: Held §. 10.

§. 182.

b) Das Gebrauchsrecht. Usus.

Usus [a]) ist seiner wörtlichen Bedeutung nach das ius utendi ohne das ius fruendi [b]), das Recht, die Sache ihrer Natur und Bestimmung gemäß für seine Zwecke zu gebrauchen [c]), ohne das Recht, aus derselben sonst noch andere Vortheile zu ziehen, daher auch regelmäßig ohne das Recht, sich Erzeugnisse derselben anzueignen oder aus derselben durch Ueberlassung des Gebrauchs an Andere einen Gewinn zu erzielen [d]), so wie auch unentgeltlich der Gebrauch nicht ganz und gar einem Andern überlassen werden kann [e]). Indessen wird nach Umständen, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Sache und nach der muthmaßlichen Willensmeinung des Verleihers, das Recht des Usus weiter ausgedehnt, insbesondere dem Usuar auch ein Bezug von Früchten zum unmittelbaren Verbrauch nach Maßgabe seines Bedürfnisses beigelegt [f]), ja sogar wohl geradezu der Usus als gleichbedeutend mit Ususfructus behandelt [g]). Der Usus in seiner besondern Bedeutung ist ein untheilbares Recht [h]). Uebrigens gelten von demselben gleiche Grundsätze, wie vom Ususfructus, soweit diese nicht durch die Verschiedenheit des Inhalts eine Modification erleiden [i]). Im heutigen Recht ist eine persönliche Servitut

---

a) Inst. de usu et habitatione. 2. 5. Dig. 7. 8. b) L. 1. D. h. t. c) L. 2—7. L. 10. §. 4. — L. 12. pr. §. 3. L. 22. §. 1. D. h. t. d) L. 8. pr. L. 10. §. 5. D. h. t. e) L. 4. pr. L. 8. pr. D. h. t. f) L. 12. §. 1. 2. L. 15. pr. D. h. t. cf. L. 4. pr. eod. g) L. 22. pr. eod. cf. L. 5. §. 2. D. de usufr. ear. rer. 7. 5. h) L. 19. D. h. t. i) L. 18. 22. §. 2. L. 23. D. h. t. L. 13. §. 2. in f. D. de usufr. 7. 1. L. 5. §. 1. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9.

dieser Art zwar nicht schlechthin unpraktisch; aber es läßt sich nicht behaupten, daß im heutigen Rechtsleben mit einem bestimmten Ausdrucke der römische Begriff des Usus verbunden sey, und es kommt daher in jedem Falle auf die Auslegung der besondern Willenserklärung an, ob ein dem römischen Usus gleiches oder in welcher Art sonst beschränktes Nutzungsrecht anzunehmen sey [2]).

Anm. 1) Ueber den Gegensatz von Usus und Ususfructus: Thibaut Vers. I. 3. — Gegen die neue Ansicht von Puchta §. 179. 180. Inst. II. §. 255., wornach der Usus als Benutzungsrecht für das Bedürfniß der berechtigten Person die normale persönliche Servitut, der Ususfructus eine über das eigentliche Wesen derselben hinausgehende anomale Erweiterung seyn soll, vergl. Scheurl, Ztschr. f. gesch. Rtsw. XV. 2. — Im R. Rt tritt der Unterschied zwischen beiden Servituten charakteristisch hervor beim Erwerbe durch Sklaven: §. 4. J. per quas pers. 2. 9. De iis autem servis, in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel ex operis suis acquirant, id nobis acquiratur. — L. 14. pr. D. h. t. Per servum usuarium si stipuler vel per traditionem accipiam, an acquiram, quaeritur, si ex re mea vel ex operis eius. Et si quidem ex operis eius, non valebit, quoniam nec locare operas eius possumus; sed si ex re mea, dicimus, servum usuarium stipulantem vel per traditionem accipientem mihi acquirere, quum hac opera eius utar. cf. L. 12. §. 5. 6. L. 16. §. 2. D. eod. L. 21—26. D. de usufr. 7. 1.

3) P. §. 180. not. a. bemerkt: „Man hat die Anwendbarkeit der servitus usus bestritten, weil wir kein dem römischen vollkommen entsprechendes Wort hätten. Savigny Beruf unserer Zeit S. 100 fg. Diesem steht schon das Beispiel entgegen, das uns die römischen Juristen durch die Anwendung bei dem Gebrauch der griechischen Sprache geben. L. 10. §. 1. D. de usu (7. 8.): Sed si χρῆσις sit relicta, an usus sit videndum. Et Papinianus ... ait, usum esse, non etiam fructum relictum. Noch mehr aber der Umstand, daß eben gerade der Usus die reine Personalservitut ist." Aber vergl. dagegen Arndts in krit. Jahrb. XI. S. 823. fg. — Nach dem Oest. bürg. Gstzb. §. 504. besteht „die Servitut des Gebrauchs darin, daß Jemand befugt ist, eine fremde Sache, ohne Verletzung der Substanz, bloß zu seinem Bedürfnisse zu benützen"; vergl. auch Code Nap. art. 625. sq. Das Preuß. Landrt dagegen unterscheidet nur „das vollständige Nutzungsrecht", d. i. „Nießbrauch", und „ein eingeschränktes Nutzungsrecht", I. 21. §. 22. 227. 228.

4) Im R. Rt werden noch als besondere Personalservituten habitatio und operae genannt, bei welchen wohl entgeltliche, aber (wenigstens bei der habitatio) nicht unentgeltliche Uebertragung der Ausübung gestattet wird und außerdem rücksichtlich der Endigung etwas Besonderes

gilt. §. 5. J. h. t. 2. 5. L. 10. pr. §. 3. D. h. t. 7. 8. L. 13. Cod. h. t. 3. 33. — Dig. de operis servorum. 7. 7. cf. L. 5. §. 3. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. — „Diese Servituten hängen mit dem Gegensatz der juristischen Ausdrücke und der bloß factischen in der römischen Sprache zusammen, und sind darum heutzutage unanwendbar.“ P. §. 179. a. E. Vgl. übrigens Thibaut civ. Abh. nro. II. und Sav. Syst. II. S. 110—113. — Die „Dienstbarkeit der Wohnung“ im Oest. Gstzb. §. 521. 522. und das „droit d'habitation“ im Code Nap. art. 632—634. stimmen nicht mit der römischen habitatio überein.

2) Grunddienstbarkeiten. a)

§. 183.

a) Allgemeine Grundsätze.

Die Grunddienstbarkeiten sind dingliche, das Eigenthum eines Grundstücks zum Vortheil eines andern Grundstücks beschränkende Rechte, mit dem letzten dergestalt verbunden, daß sie jedem Eigenthümer desselben als solchem zustehen, wie sie andrerseits gegen jeden Besitzer des ersten wirksam sind [b]), während sie nicht für sich, getrennt von dem Grundstück, Andern eingeräumt werden können [c]). Sie enthalten daher eine Erweiterung der Eigenthumsphäre des einen Grundstücks auf Kosten der Eigenthumsphäre des andern [d]); das eine erscheint gewissermaßen als das berechtigte Subject, sog. praedium dominans, cui servitus debetur [e]), welchem das andere rechtlich unterthan ist, praedium serviens oder servum [f]), und das Recht einerseits, wie die Beschränkung andrerseits wird daher auch als eine besondere juristische Eigenschaft der Sache aufgefaßt [g]). Eine eigentliche Grunddienstbarkeit kann denn auch nur zwischen solchen Grundstücken, welche des Privateigenthums fähig sind,

---

a) Inst. de servitutibus. 2. 3. Dig. de servitutibus. 8. 1. de servitutibus praediorum urbanorum. 8. 2. de servitutibus praediorum rusticorum. 8. 3. communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum. 8. 4. Cod. de servitutibus et aqua. 3. 34. b) L. 20. §. 1. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 12. D. comm. praed. 8. 4. c) L. 44. D. locati. 19. 2. d) L. 5. §. 9. D. de op. n. n. 39. 1. e) L. 4. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5. L. 6. §. 1. L. 12. 13. D. quemadm. serv. am. 8. 6. cf. L. 8. 20. D. eod. L. 17. §. 3. D. de s. p. u. 8. 2. u. a. f) L. 20. §. 1. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 8. D. de act. emti. 19. 1. g) L. 86. D. de V. S. cf. L. 23. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3.

bestehen[h]), und nur ausnahmsweise wird ein ähnliches Recht auch in Beziehung auf andere Grundstücke anerkannt[i]). Es gehört aber 1) zum Wesen der Grunddienstbarkeit, daß sie eben für das berechtigte Grundstück vortheilhaft (praedio utilis) sey, d. h. der Regel nach für jeden Besitzer desselben als solchen, in Rücksicht auf die Benutzung eben dieses Grundstücks, von Werth seyn könne, sey es auch nur wegen Erhöhung der Annehmlichkeit[k]). Daher 2) müssen die Grundstücke benachbarte seyn, praedia vicina, d. h. in solchem örtlichen Verhältniß zu einander, daß die fragliche Beschränkung des einen wirklich für das andere Vortheil gewähren könne[l]). Auch erstrecken sich 3) die Befugnisse der Berechtigten vermöge der Grunddienstbarkeit nicht weiter, als dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks entspricht, also zu dessen Benutzung diensam ist, daher die Ausübung nicht zum Vortheil dritter Personen stattfindet[m]). 4) Die Berechtigung kann rücksichtlich der Zeit oder des Ortes oder sonst der Art und Weise der Ausübung näher bestimmt und beschränkt seyn[n]), soll aber auch ohnedieß mit schonender Rücksicht für den Eigenthümer der dienenden Sache (civiliter) ausgeübt werden[o]). 5) Dieser kann denn die Befugniß, welche den Inhalt der Dienstbarkeit ausmacht, auch seinerseits ausüben, daher auch mehreren nacheinander ein Recht gleicher Art einräumen[p]), soweit die Natur der Sache es zuläßt und nicht das bereits bestehende Recht dadurch beeinträchtigt wird, muß aber jeder dieses hindernden oder schmälernden Verfügung in Betreff der Sache sich enthalten[q]), und dem Berechtigten alles gestatten, was zur Ausübung der Servitut erforderlich

h) L. 1. §. 1. L. 4. L. 13. pr. D. comm. praed. 8. 4. i) L. 14. §. 1. D. de serv. 8. 1. L. 1. D. si serv. vind. 8. 5. L. 13. pr. cit. k) L. 8. pr. L. 15. pr. cf. L. 19. D. de serv. 8. 1. L. 3. pr. D. de aqua. 43. 20. l) L. 14. §. 2. D. de serv. 8. 1. L. 1. pr. L. 38. 39. D. de s. p. u. 8. 2. L. 5. §. 1. L. 7. §. 1. L. 38. D. de s. p. r. 8. 3. L. 6. pr. D. comm. praed. 8. 4. L. 5. 6. pr. D. si serv. vind. 8. 5. m) L. 3—6. 24. D. de s. p. r. 8. 3. cf. L. 33. §. 1. D. eod. n) L. 4. §. 1. L. 5. §. 1. D. de serv. 8. 1. L. 14. D. comm. praed. 8. 4. L. 7. 11. D. quemadm. serv. am. 8. 6. o) L. 9. D. de serv. 8. 1. L. 20. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 13. §. 3. D. de s. p. r. 8. 3. p) L. 15. D. comm. praed. 8. 4. L. 2. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3. q) L. 13. §. 1. D. l. c.

ist[r]). 6) Das dienende Grundstück soll den Vortheil für das herrschende durch seine dauernde Beschaffenheit, nicht bloß zufällig und vorübergehend, gewähren; servitus perpetuam causam habere debet[s]). 7) Die Grunddienstbarkeiten sind untheilbare Rechte[t]), werden daher nicht theilweise erworben oder verloren[u]), und bestehen nach reeller Theilung des herrschenden oder dienenden Grundstücks für alle Theile fort, sofern sie nicht in ihrer Wirkung bloß auf eine bestimmte Oertlichkeit des einen oder andern sich beschränken[v]). Aus diesem Grunde kann auch ein Miteigenthümer keine Servitut an dem gemeinschaftlichen Grundstück für ein ihm allein gehörendes erwerben oder an dem letzten für jenes bestellen[w]), während die bestehende Servitut nicht dadurch erlischt, daß ein Miteigenthümer des einen Grundstücks Alleineigenthümer des andern wird oder umgekehrt[x]).

Anm. Ueber das Wesen der Grunddienstbarkeiten überhaupt vgl. Zachariä, wissenschaftliche Entw. der Lehre d. R. Rts. v. d. dinglichen Servituten, in Hugo's civ. Mag. II. 15. Schrader civ. Abh. nro. V. „wie kam man auf die vielen auffallenden Sätze bei den dinglichen Dienstbarkeiten?" Vang. §. 340. S. 637—650.

§. 184.

b) Arten der Grunddienstbarkeiten.

Die Grunddienstbarkeiten sind 1) entweder affirmative oder negative Servituten, je nachdem sie dem Berechtigten eine positive Befugniß oder bloß ein Untersagungsrecht gewähren, den Eigenthümer des dienenden Grundstücks also entweder etwas zu dulden oder etwas zu unterlassen nöthigen, was er als unbeschränkter Eigenthümer zu verhindern, beziehungsweise zu thun

---

r) L. 10. D. de serv. 8. 1. L. 12. D. comm. praed. 8. 4. s) L. 28. D. de s. p. u. 8. 2. L. 23. §. 1. D. de s. p. r. 8. 3. L. 1. §. 5. D. de aqua. 43. 20. L. 1. §. 4. D. de fonte. 43. 22. cf. L. 9. D. de s. p. r. 8. 3. L. 2. D. comm. praed. 8. 4. t) L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35. 2. fragm. Pompon. im Corp. iur. anteiust. p. 168. u) L. 11. 17. D. de serv. 8. 1. v) L. 6. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 23. §. 3. D. de s. p. r. 8. 3. cf. L. 21. 22. D. eod. L. 9. D. de serv. 8. 1. w) L. 6. §. 3. D. comm. praed. 8. 4. x) L. 8. §. 1. D. de serv. 8. 1. L. 30. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 27. D. de s. p. r. 8. 3. L. 140. §. 2. D. de V. S.

berechtigt wäre[a]); 2) entweder ständige oder unständige Dienstbarkeiten, servitutes continuae oder discontinuae[1]), je nachdem ihnen entweder ein gewisser ununterbrochen dauernder Zustand entspricht, wie bei negativen und bei solchen affirmativen Servituten der Fall ist, die durch eine gewisse bleibende Vorrichtung ausgeübt werden, oder vielmehr die Ausübung des Rechts nur durch einzelne Handlungen geschieht[b]); 3) entweder servitutes praediorum urbanorum, s. urbanae, Gebäudedienstbarkeiten, oder servitutes praediorum rusticorum, s. rusticae, Felddienstbarkeiten, je nachdem dieselben für ein Gebäude[c]), praedium urbanum, es sey in der Stadt oder auf dem Lande[d]), bestehen, oder den Zwecken eines freiliegenden, also vorzüglich eines zu landwirthschaftlicher Benutzung geeigneten Grundstücks, praedium rusticum[e]), zu dienen bestimmt sind[2]). Diese Eintheilung wird im römischen Recht als die wichtigste hervorgehoben, und werden von beiden Arten in besondern Titeln[f]) viele einzelne Beispiele erwähnt; es ist aber weder deren Angabe als erschöpfend, noch sind alle einzelne Bestimmungen darüber als praktische Rechtssätze anzusehen, indem vielmehr nach Bedürfniß neue Grunddienstbarkeiten sich ergeben können, und für die Bestimmung des Inhalts einzelner Grunddienstbarkeiten die heutige Sprache, Vorstellung und Gewohnheit entscheidend sind. Nur unter diesem Vorbehalt werden die einzelnen Fälle in den folgenden §§. näher angegeben.

Anm. 1) Vgl. Code Nap. art. 688. Les servitudes continues sont celles, dont l'usage est ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme: tels sont les conduites d'eau (vgl. B. S. 632.), les égouts, les vues etc. — Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme, pour être exercées: tels sont les droits de passage, de puisages etc. — Ueber die Unterscheidung von servitutes prohibendi, s. habendi, und s. faciendi vgl. Stever de servitutibus praediorum Rost. 1817. cap. 1. §. 8. 9. Wang. §. 339. S. 631. fg. — Eine andere Eintheilung im Code

a) L. 15. §. 1. D. de serv. 8. 1. (§. 176. Anm. a.) b) Vgl. L. 14. pr. D. l. c. c) pr. D. 1—3. J. h. t. 2. 3. d) L. 1. D. comm. praed. 8. 4. §. 1. J. h. t. L. 198. D. de V. S. e) L. 198. cf. L. 211. D. de V. S. L. 13. pr. D. de s. p. r. 8. 3. f) Dig. de servitutibus praediorum urbanorum. 8. 2. de servitutibus praediorum rusticorum. 8. 3.

Nap. art. 689.: Les servitudes apparentes (offene oder augenfällige Dienstbarkeiten) sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Les servitudes non apparentes (verborgene Dienstbarkeiten) sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de batir sur un fonds ou de ne batir qu'à une hauteur determinée.

2) Ueber das eigentliche Unterscheidungsmerkmal der servitutes rusticae und urbanae, das in den Quellen nicht genau bezeichnet ist, insbesondere darüber, ob es auf den Charakter des herrschenden oder dienenden Grundstücks ankomme, waren die Meinungen immer sehr verschieden. Vgl. Glück IX. S. 21. fg. In der jüngsten Zeit war die im Text angegebene die herrschende. M. §. 276. not. 2. 8. P. §. 183. not. c. Unterholzner Verjährungslehre §. 191., welcher letzte jedoch den Begriff des praedium urbanum und rusticum anders bestimmte, vgl. dagegen von der Pfordten im civ. Arch. XXII. S. 7. Dieser stellt dagegen eine andere Unterscheidung auf, wornach s. p. u. diejenigen seyn sollen, welche zu ihrer Existenz wenigstens ein Gebäude, gleichviel ob als herrschend oder als dienend, erfordern, s. p. r. aber diejenigen, welche auch zwischen zwei leeren Grundstücken bestehen können; während Stever und Vang. a. a. O. (Anm. 1.) die s. p. u. mit den von ihnen sog. servitutes habendi und prohibendi, die s. p. r. mit den sog. serv. faciendi für identisch halten. Vgl. dagegen M. und P. a. a. O. und des letzten Vorles. I. S. 355. fg.; vermittelnd Hoffmann §. 74. Sint. §. 61. not. 14. 15. Gewiß ist, daß manche Servituten solcher Art, welche vorzugsweise als iura praediorum rusticorum vorkommen, auch iura praediorum urbanorum seyn können; L. 20. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 1. §. 1. D. de itinere. 43. 19. L. 1. §. 11. D. de aqua quot. 43. 20., und umgekehrt: L. 2. pr. D. de s. p. u. 8. 3. Rusticorum (etiam) praediorum servitutes sunt: licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum, vel praetorium vel protectum habere licere (M. §. 276. not. 8.); sowie auch, daß einem praedium urbanum an einem praedium rusticum, und umgekehrt, eine Servitut zustehen könne: L. 17. pr. L. 20. §. 6. D. de s. p. u. 8. 2. L. 1. §. 8. D. de cloacis. 43. 23. cf. L. 7. §. 1. L. 14. D. comm. praed. 8. 4. L. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. Uebrigens vgl. noch pr. J. h. t. Rusticorum praediorum *iura* sunt haec: iter, actus etc. . . . §. 1. Praediorum urbanorum servitutes sunt, quae aedificiis inhaerent; ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sint. — L. 3. D. de serv. 8. 1. Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt.

§. 185.

c) Einzelne Gebäudedienstbarkeiten.

Die Dienstbarkeiten, welche namentlich als servitutes praediorum urbanorum in den Quellen vorkommen [1]), sind theils affirmative, theils negative. Die ersten enthalten regelmäßig das Recht einer gewissen Vorrichtung des herrschenden Grundstücks, die sich entweder unmittelbar auf das dienende Grundstück erstreckt, oder wenigstens in ihren Wirkungen Einfluß auf dasselbe ausübt. Ihrem Inhalt nach gewähren sie z. B. die Befugniß, ein Bauwerk auf dem dienenden Grundstück als Stütze für das herrschende Gebäude zu benützen [2]), oder dieses in den Raum über jenem vorspringen zu lassen [3]), oder von dem herrschenden Grundstück aus etwas auf oder über das dienende hinweg zu schaffen [4]). Die negativen dienen dazu, dem herrschenden Grundstück einen Vortheil zu sichern, der ihm durch Aenderungen in dem Zustande des dienenden entzogen werden könnte [5]).

Anm. 1) Vgl. überhaupt mit dem tit. Dig. de s. p. u. 8. 2. V. §. 342. P. 184. Sint. §. 62.

2) Dahin gehört a) servitus tigni immittendi. L. 2. 6. D. h. t. L. 8. §. 1. 2. L. 14. pr. D. si serv. 8. 5. L. 242. §. 1. D. de V. S. b) servitus oneris ferendi. Bei dieser gilt das Besondre, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks das lasttragende Bauwerk in tragfähigem Stande erhalten muß, doch ohne die Verpflichtung, auch während der Reparatur das lastende Gebäude zu stützen, und mit dem Recht, durch Dereliction der belasteten Sache jener Verbindlichkeit sich zu entledigen. L. 6. §. 2—7. L. 8. pr. §. 2. D. si serv. vind. 8. 5. L. 33. D. h. t. „Es ist dieß keine Ausnahme von dem Grundsatz „servitus in faciendo consistere non potest"; sondern der Eigenthümer stellt dem herrschenden Grundstück eine taugliche Mauer, also wenn diese untauglich geworden ist, eine reparirte." P. not. c. vgl. V. Anm. 2. S. 663. fg.

3) Servitus proiiciendi, Recht des Vorbaues, z. B. eines Erkers oder Balkons; servitus protegendi, Recht des Vordachs. L. 2. D. h. t. L. 22. §. 4. D. quod vi. 43. 24. L. 242. §. 1. D. de V. S.

4) So die servitus stillicidii oder fluminis recipiendi (avertendi, immittendi), d. i. das Recht, das Regenwasser im Tropfenfall oder in einen Strom gesammelt auf das dienende Grundstück abfließen zu lassen. L. 2. 17. §. 3. L. 20. §. 2—5. L. 28. in f. D. h. t. Vgl. Weiske, Behandlung einiger civilrtl. Ggstde. Leipzig 1829. Abh. IV. „Erörtr.

der Grundsätze vom Traufrecht.“ Sodann servitus fumi immittendi, deßgl. aquae immitt., vaporum immitt. L. 8. §. 5—7. D. si serv. vind. 8. 5. (§. 131. Anm. 3), und servitus cloacae immittendae, das Recht, den Unrath auf oder durch das dienende Grundstück abzuleiten. L. 7. D. de serv. 8. 1. L. 1. pr. §. 4. D. de cloacis. 43. 23. cf. L. 17. §. 2. D. si serv. vind. 8. 5. Das hier erwähnte Recht, eine Düngerstätte (sterculinum) an des Nachbars Mauer zu halten, möchte wohl nicht passend servitus cloacae heißen, noch auch vorzugsweise als s. p. u. vorkommen.

5) Servituten dieser Art sind die servitus altius non tollendi, Recht, das Höherbauen, überhaupt oder über ein gewisses Maß, auch wohl die Errichtung eines Gebäudes oder eine andere Erhöhung des Bodens, zu untersagen, als Sonne, Licht, Aussicht u. s. w. hindernd, L. 2. 4. 12. D. h. t.; sodann bestimmter den Zweck bezeichnend, servitus ne luminibus oder ne prospectui officiatur, das Recht, dem Nachbarn Alles zu untersagen, wodurch den Fenstern das Licht verkümmert oder eine Aussicht verdeckt wird, z. B. auch Baumpflanzungen und selbst Aufstellung transportabler Gewächse. §. 2. J. de act. 4. 6. L. 3. 4. 12. 15—17. §. 2. L. 22. 23. D. h. t. Neben der servitus, ne luminibus officiatur, kommt noch eine servitus luminum vor. L. 4. D. h. t. Luminum in servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. cf. L. 40. eod. Eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto parieti communi nullo iure fenestras immisisse respondi. L. 8. Cod. h. 3. 34. „In pariete tuo si fenestram . . . fecisse convincatur etc.“ Ueber die vielerlei abweichenden Erklärungen vgl. V. Anm. 1. Der ganze Streit könnte uns praktisch nur dann interessiren, „wenn Jemand auf die bizarre Idee käme, sich ohne weitere Beschreibung eine servitus luminum mit den römischen Worten bestellen zu lassen.“ V. S. 662. — In Beziehung auf die servitus ne prospectui officiatur bemerkt Seuffert §. 164. not. 13. mit Recht, sie könne auch zum Vortheil eines leeren Grundstücks vorkommen, was denn freilich mit der von ihm angenommenen Begriffbestimmung von der Pfordtens (§. 184. Anm. 2.) eine Anomalie sey. Aber auch die servitus altius non tollendi läßt sich zum Vortheil eines leeren Grundstücks denken, und zwar auch gegen ein leeres Grundstück, so daß da, wo noch kein Gebäude ist, auch keins entstehen noch sonst irgend eine Erhöhung, z. B. Aufwerfen eines Hügels, einer Terrasse u. dgl., stattfinden dürfe, und zwar könnte eine solche negative Servitut wohl auch aus landwirthschaftlichen Rücksichten für ein praedium rusticum eingeräumt seyn.

6) In den Quellen werden auch einige servitutes p. u. genannt, die nur Befreiung von einer Beschränkung zu enthalten scheinen; serv. altius tollendi et officiendi luminibus vicini, stillicidii non avertendi. L. 2. D. de s. p. u. 8. 2. L. 2. D. de s. p. r. 8. 3. §. 1. J. de serv.

2. 3. und Theophil. ad h. l. Ueber die verschiedenartigen Erklärungsversuche vgl. V. §. 342. Anm. 3. P. §. 184. a. E. Scheurl in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XII. S. 255 fg. Die wahrscheinlichste Erklärung, namentlich für die beiden ersterwähnten Servituten, ist immer noch die, daß Gewohnheitsrecht oder Bauordnungen den Eigenthümern gewisse Beschränkungen zu Gunsten der Nachbarn auflegten, die durch Einräumungen von Seiten der letzten beseitigt werden konnten, L. 11. pr. D. de s. p. u. 8. 2. L. 12. §. 1. 4. L. 13. D. de aedific. priv. 8. 10.; und unzweifelhaft ist es, daß heutzutage, wo dergleichen Vorschriften bestehen, Servituten ähnlicher Art stattfinden können. Jene Baugesetze brauchten keine allgemeinen für das ganze Reich zu seyn; wenn sie auch nur für die Stadt Rom bestanden, so war dieß Anlaß genug, von solchen Servituten zu reden; und verfehlt ist die Bemerkung (V. S. 669), daß diese ja denn auch nichts anders als Aufhebung einer Servitut, einer servitus legalis nämlich, gewesen wären, da die sog. gesetzliche Grunddienstbarkeit in der That keine Servitut ist (§. 131.).

§. 186.

d) Einzelne Felddienstbarkeiten.

Die servitutes praediorum urbanorum, welche in den Quellen als solche vorkommen, haben theils den Zweck, den Zugang zu dem berechtigten Grundstück zu gewähren oder zu erleichtern, theils sonst die Benützung desselben zu befördern oder deren Ertrag zu vermehren, und zwar in den manchfaltigsten Beziehungen, welche bei der Bewirthschaftung des herrschenden Gutes, das auch ein ganzes Landgut oder ein Inbegriff verschiedener Grundstücke seyn kann, in Betracht kommen können, jedoch immer mit Rücksicht auf das Bedürfniß dieses herrschenden Gutes nach seiner eigenthümlichen Beschaffenheit und darauf beruhenden Nutzbarkeit. Von Seiten des dienenden Grundstücks aber kann der Vortheil, welchen die Servitut bezweckt, theils schon durch den Grund und Boden selbst, theils auch durch dessen Erzeugnisse gewährt werden.

Anm. 1) Vgl. überhaupt mit dem tit. Dig. de servitutibus praediorum rusticorum P. §. 185. Sint. §. 63.

2) Einzelne namhafte Servituten sind:

a) Weggerechtigkeiten, und zwar (abgesehen von einem sog. Wasserweg, navigandi servitus, L. 23. §. 1. D. h. t., also zu Lande:) in dreifacher Gestalt α) Iter, i. e. ius eundi ambulandi hominis, in der Regel auch das Recht, zu reiten und sich in einer Sänfte tragen zu lassen, enthaltend. β) Actus, i. e. ius agendi vel iumentum vel vehi-

culum, also in der Regel das Recht, über das dienende Grundstück Vieh zu treiben und zu fahren, damit zugleich aber auch das ius itineris enthaltend. γ) Via, i. e. ius eundi agendi, et iter et actum in se continens, wesentlich das Recht des Fahrens enthaltend, in der Regel auch das Recht, Balken und Steine zu schleifen und hastam rectam ferendi (weßhalb also ein gewisser Raum in der Höhe freizulassen ist), wobei ein hergerichteter Weg, eine eigentliche Fahrstraße vorausgesetzt wird, deren Breite der Regel nach auf 8 römische Fuß gerade aus, auf das Doppelte, wo der Weg sich bricht (in anfractum), angenommen wird. pr. J. h. t. L. 3. L. 1. pr. L. 7. pr. L. 8. L. 12—14. L. 23. pr. D. h. t. L. 4. §. 1. L. 9. 13. D. de serv. 8. 1. Puchta, über die Wegeservituten des R. Rts., in dessen civ. Abh. num. III. Im heutigen Rechtsleben entsprechen jener Stufenfolge ungefähr die Ausdrücke: Fußsteig-, Viehtrift- und Fahrweg-Gerechtigkeit, jedoch streitig, in welchem Umfange und wiefern unter Anwendbarkeit der nähern Bestimmungen des Röm. Rts.? Sommer im civ. Arch. III. 20., Gensler das. IV. 20., Seuffert Erörtr. II. im Vorwort und S. 56. fg., W. §. 341., P. §. 185. not. f., Sint. §. 63. not. 14—16. Jedenfalls kommt es auf die aus Sprachgebrauch, Sitte und Oertlichkeit zu erkennende Willensmeinung der Constituenten an, und in jedem Fall muß der Berechtigte sein Recht civiliter ausüben (§. 183. num. 4.), und der Eigenthümer des dienenden Grundstücks kann daher auch die Festsetzung eines bestimmten Weges verlangen. L. 9. D. de serv. 8. 1. L. 13. §. 1. 3. D. h. t.

b) das Recht, gewisse Gegenstände von dem herrschenden Grundstück auf dem dienenden niederzulegen oder über dasselbe hinwegzuführen, L. 3. §. 1. 2. L. 6. §. 1. D. h. t., deßgl. s. aquam educendi, fundi siccandi causa. L. 29. D. h. t.

c) Servituten auf Wasser-Benutzung oder Leitung, namentlich α) s. aquaeductus, das Recht, Wasser aus dem dienenden Grundstück oder über dasselbe herzuleiten (aqua quotidiana oder aestiva, diurna oder nocturna), mit dem Rechte, die nöthigen Rinnen anzulegen oder zu unterhalten. L. 1. pr. L. 15. 21. 22. D. h. t. L. 9. D. de serv. 8. 1. L. 17. pr. §. 1. D. de aqua pluv. 39. 3. Dig. de aqua quot. 43. 20. de rivis. 43. 21. β) s. aquaehaustus oder aquae hauriendae. L. 1. §. 1. L. 2. §. 1. L. 3. §. 3. L. 9. 20. §. 3. D. h. t. L. 14. §. 2. D. de serv. 8. 1. γ) s. pecoris ad aquam appulsus. §. 2. J. h. t. L. 1. §. 1. L. 4. D. h. t.

d) Servituten auf Benützung verschiedener anderer Erzeugnisse des dienenden Grundstücks für das Bedürfniß des herrschenden, namentlich α) s. pascendi, das Recht, das Vieh, welches zum landwirthschaftlichen Betriebe des herrschenden Gutes gehört, auf das dienende Grundstück zur Weide zu treiben, L. 1. §. 1. L. 3. pr. L. 4. 6. §. 1. D. h. t., worüber jedoch erst das deutsche Recht eine weit ausgebildetere Theorie aufstellt. Seuffert §. 165. num. 2. Mittermaier deutsches Privatrt. I.

§. 168. fg., sodann β) s. cretae eximendae, arenae fodiendae, lapidinis eximendi calcis coquendae, silvae caeduae. L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. L. 5. §. 1. L. 6. D. h. t. §. 2. J. h. t.

3) Negative Servituten werden als s. p. r. nicht ausdrücklich erwähnt; jedoch kann die in L. 15. pr. D. de serv. 8. 1. erwähnte Servitut (si concedas mihi, ius tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia) wenigstens eben sowohl als s. p. r. wie als s. p. u. gedacht werden. Vgl. §. 185. Anm. 5. a. E.

§. 187.

II. Besitz der Dienstbarkeiten.

Besitz einer Dienstbarkeit ist das thatsächliche Verhältniß, welches durch wirkliche Ausübung der Dienstbarkeit entsteht, abgesehen davon, ob diese auch als Recht bestehe (§. 129.). Diesem sind analog gleiche juristische Wirkungen beigelegt, wie dem Besitz einer Sache als thatsächlicher Ausübung des Eigenthums (§. 135. 136., vgl. §. 189. 192.); es ist daher, wie dieser, ein juristisches Verhältniß, iuris quasi possessio genannt [a]), im Gegensatz der corporis possessio [b]), weil nach natürlicher Anschauung nur körperliche Sachen als Gegenstand des Besitzes gedacht werden [c]). Wie nun zum Eigenthumsbesitze corpus und animus, so ist zum Erwerbe dieses Rechtsbesitzes erforderlich 1) die Vornahme solcher Handlungen oder thatsächliche Behauptung eines solchen Zustandes, wozu das Recht der Dienstbarkeit die Befugniß geben würde, in eigener Person oder durch einen Stellvertreter. Bei den persönlichen Servituten gehört dazu regelmäßig der natürliche Besitz der Sache, welcher als Sachbesitz nicht juristischer Besitz ist [d]), aber den juristischen Besitz der Servitut in sich schließt [e]); bei andern affirmativen Servituten nach Verschiedenheit ihres Inhalts (§. 184.) entweder die dauernde Vorrichtung an der Sache [f]) oder die wirkliche Vornahme der einzelnen unterbrochenen Handlun-

a) Gai. IV. 139. L. 3. §. 17. D. de vi. 43. 16. L. 10. pr. D. si serv. vind. 8. 5. L. 23. §. 3. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. b) L. 2. §. 3. D. de precario. 43. 26. c) L. 3. pr. D. de poss. 41. 2. L. 4. §. 27. D. de usurp. et usucap. 41. 3. d) L. 1. §. 8. L. 12. D. de poss. 41. 2. L. 6. §. 2. D. de precario. 43. 26. §. 4. J. per quas pers. 2. 9. e) L. 3. §. 17. cit. L. 4. D. uti poss. 43. 17. f) L. 20. pr. D. de s. p. u. 8. 2. cf. L. 8. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5.

gen, wozu die Servitut das Recht gibt [g]); bei negativen Servituten ein Verbot von Seiten des Berechtigten gegen solche Handlungen, welche dem Recht der Servitut widerstreiten würden, oder auch eine Willenserklärung von der andern Seite, derselben sich enthalten zu wollen. 2) der Wille, ein Recht der Dienstbarkeit auszuüben, animus ius quasi possidendi [1]), wobei aber die Meinung, das Recht wirklich zu haben, eben so wenig wesentlich ist, wie bei dem Eigenthumsbesitze, die Meinung Eigenthümer zu seyn [h]). Geschieht es nun durch Einräumung von der andern Seite, daß sich Jemand in dieses Verhältniß thatsächlicher Ausübung der Dienstbarkeit versetzt, so liegt darin eine iuris quasi traditio [2]), analog der Tradition einer körperlichen Sache [i]).

Verloren wird der Besitz der Dienstbarkeiten entweder durch Aufgeben des Besitzes (animo non possidendi), oder durch Entziehung der Möglichkeit, das Recht ferner nach Belieben auszuüben (quasi corpore). Wo diese mit der Detention der Sache verbunden ist, kann der Verlust ganz in ähnlicher Weise eintreten, wie der Verlust des Sachenbesitzes (§. 142.); in andern Fällen geschieht es durch völlige Beseitigung der erforderlichen Vorrichtung oder Entgegenstellung eines Hindernisses beliebiger Wiederholung der Ausübungshandlungen, oder Entgegenhandeln gegen das in der Servitut enthaltene Verbietungsrecht [k]). Bei unständigen Dienstbarkeiten aber kann der Besitz auch dann nicht mehr als fortdauernd gelten, wenn längere Zeit hindurch eine Handlung zur Ausübung des Rechts gar nicht mehr vorgenommen worden ist (§. 189. 194. a. E.).

Anm. 1) L. 7. D. de itin. Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque, nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet. — L. 25. D. 8. 6. Servitute usus non videtur nisi qui suo iure uti se credidit; ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.

---

g) L. 7. D. de itin. 43. 29. h) L. 1. §. 2. 6. L. 7. D. l. c. L. 25. D. quemadm. serv. am. 8. 6. i) L. 20. D. de serv. 8. 1. cf. L. 1. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3. L. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. k) L. 6. 20. pr. D. de s. p. u. 8. 2.

2) L. 20. D. h. t. 8. 1. Quoties via aut aliquod ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quominus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse; ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

3) Ueber den Erwerb und Verlust des Servitutenbesitzes vgl. überhaupt Savigny Rt des Besitzes. §. 45. 46.

III. Entstehung der Dienstbarkeiten.

§. 188.

A. Durch Bestellung.

Eine Dienstbarkeit kann erworben werden 1) durch Bestellung von Seiten des Eigenthümers [a]) der Sache, welche dienstbar seyn soll; diese geschieht a) durch letztwillige Verfügung, Vermächtniß [b]), oder b) durch Vertrag, und zwar α) durch selbständigen auf diesen Zweck gerichteten Vertrag [c]), wobei aber vorausgesetzt wird, daß der Wille auf sofortige Entstehung des dinglichen Rechts [1]) nicht bloß auf eine Verpflichtung zu künftiger Bestellung gerichtet sey [d]), wenn gleich mit der Einräumung des dinglichen Rechts zu größerer Sicherheit des Erwerbers auch noch eine persönliche Verpflichtung des Bestellers verbunden seyn kann [e]), β) durch Vorbehalt (deductio oder exceptio servitutis) bei Gelegenheit der Eigenthumsübertragung [f]). 2) durch richterliche Bestellung, und zwar durch

---

a) L. 6. pr. D. comm. praed. 8. 4. cf. α) L. 7. Cod. de reb. alien. 4. 51. (§. 132.) β) L. 15. §. 7. L. 16. D. de usufr. 7. 1. (§. 179. Anm. 3.) γ) L. 2. D. de serv. 8. 1. L. 34. D. de s. p. u. 8. 3. L. 18. D. comm. praed. 8. 4. (§. 133. 183. num. 7.) δ) L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 1. §. 6. 9. D. de superfic. 43. 18. (§. 195.) b) Dig. de usu et usufructu legato. 33. 2. de servitute legata. 33. 3. §. 4. J. de serv. 2. 3. §. 1. J. de usufr. 2. 4. L. 3. pr. D. de usufr. 7. 1. cf. L. 1. Cod. comm. de legat. 6. 43. c) §. 1. 4. J. citt. L. 3. pr. L. 25. §. 7. D. l. c. L. 3. Cod. de serv. 3. 34. cf. Gai. II. 29—32. d) L. 11. 17. D. de serv. 8. 1. L. 19. D. de s. p. r. 8. 3. L. 25. §. 9. D. fam. erc. 10. 2. L. 3. D. de O. et A. 44. 7. cf. L. 6. §. 3. D. comm. praed. 8. 4. e) cf. L. 2. §. 5. 6. L. 38. §. 10. 11. L. 85. §. 3. L. 111. D. de V. O. 45. 1. f) L. 32. 36. §. 1. L. 54. D. de usufr. 7. 1. L. 34. 35. D. de s. p. u. 8. 2. L. 30. 33. pr. 36. D. de s. p. r. 8. 3. L. 3. 5—8. 10. D. comm. praed. 8. 4. cf. Gai. II. 33. fragm. Vat. §. 47. 50.

Adjudicatio im Theilungsverfahren[g]), oder auch durch ein Decret, welches zur Vollziehung eines Urtheils gegen den ungehorsamen Beklagten eine von demselben zu bestellende Servitut für bestellt erklärt, oder eine verlorne Servitut durch in integrum restitutio wieder herstellt[h]). Uebrigens kann eine Grunddienstbarkeit nur dem Eigenthümer[i]) des Grundstücks, für welches sie erworben werden soll, Miteigenthümern[k]) gemeinschaftlich, wenn auch nicht nothwendig durch gleichzeitigen Act [2]), wirksam bestellt werden.

Anm. 1) Früher war es herrschende Ansicht, zusammenhängend mit der Theorie von titulus und modus adquirendi (§. 127.), daß der Vertrag allein zur Entstehung des dinglichen Rechts nicht genüge, sondern noch quasi traditio hinzukommen müsse, und diese Ansicht wird auch jetzt noch von einigen Juristen vertheidigt, u. a. Francke civ. Abh. num. III. Wang. §. 350. Vgl. dagegen u. a. Schmidtlein de servitutibus per pactum constituendis. Götting. 1823. Michelsen im civ. Arch. VIII. 14. Hasse im Rh. Mus. I. S. 64—128. Haertel de serv. per pacta et stipulationes const. Lips. 1828. Puchta Inst. II. §. 256. Vorles. I. S. 359 fg. „Niemals hat man einen einigermaßen scheinbaren Grund für die Nothwendigkeit der Tradition aufgestellt." In Betreff der Stellen, welche der Tradition der Servituten erwähnen, worin aber „nirgends bestimmt gesagt ist, es müsse die quasi traditio dem bloßen Vertrage hinzutreten, damit das dingliche Servitutenrecht entstehe" (V. S. 689.), vgl. unten §. 191. Anm.

2) Ueber diesen Punkt, insbesondere L. 18. cit. vgl. Huschke in Linde's Ztschr. n. F. IV. S. 305—313.

§. 189.

B. Durch Ersitzung.

Dienstbarkeiten, sowohl persönliche als Grunddienstbarkeiten, werden durch longi temporis quasi possessio erworben, dadurch nämlich, daß sie zehn Jahre inter praesentes oder zwanzig Jahre inter absentes, nec vi nec clam nec precario, als Recht ausgeübt wurden[a]). Mehr ist dazu nach Röm. Recht

g) L. 6. §. 1. D. de usufr. 7. 1. L. 16. §. 1. L. 22. §. 3. D. fam. erc. 10. 2. L. 18. D. comm. div. 10. 3. cf. fragm. Vat. §. 47. h) cf. L. 8. §. 5. D. si serv. vind. 8. 5. i) L. 1. §. 1. L. 6. pr. cf. L. 8. D. comm. praed. 8. 4. L. 15. §. 7. D. de usufr. 7. 1. cf. L. 1. §. 9. D. de superfic. 43. 18. k) L. 5. 18. comm. praed. 8. 4. cf. L. 19. D. de s. p. r. 8. 3.

a) L. 10. pr. D. si serv. vind. 8. 5. L. 5. §. 3. D. de itin. 43. 19.

nicht erforderlich. Nach heutigem Rechte jedoch ist die Ersitzung ausgeschlossen, wenn erwiesen wird, daß die Ausübung der Dienstbarkeit nicht in gutem Glauben stattgefunden habe[b]).

Anm. 1) Vgl. a) L. 4. §. 29. D. de usurp. et usucap. 41. 3. Libertatem servitutum usucapi posse, verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. L. 14. pr. D. de serv. 8. 1. L. 10. §. 1. D. de usurp. Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint; worin eine unpassend angebrachte Interpolation: *t. l. capi* statt *usucapi*, enthalten ist. b) L. 10. pr. cit. Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse (wo in der Vulg. das Wort *usum*, bei Hal. *possedisse* fehlt). L. 1. Cod. cit. Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito per iudicem exercere non prohiberis; is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi nec clam nec precario possidet. L. 2. Cod. eod. Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quodsi ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertineat, cuius est possessio.

2) Streitig: a) die Anwendbarkeit dieser Ersitzung auf servitutes discontinuae? auf negative? auf persönliche? Die erste von manchen ältern Rechtsgelehrten, die zweite noch neuerdings von Bessel im civ Arch. XIII. 19., die letzte von Neustetel und Zimmern römisch-rechtl. Unters. num. V. bestritten; die herrschende Meinung gegen die Beschränkung, arg. L. 12. in f. cit. b) die Anwendbarkeit bei usucapionsunfähigen Sachen? W. §. 351. a. E., daher Zulässigkeit dreißigjähriger Ersitzung? Seuffert §. 175. c) die Bestimmung der Ersitzungszeit? Zimmern a. a. O. d) ob nicht iustus titulus erforderlich sey? Bessel a. a. O. e) ob bona fides? nach R. Rt? arg. L. 25. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 1. §. 10. D. de aqua quot. 43. 20. M. §. 289. not. 8. Busch im civ. Arch. XXXII. 1., nach canon. Rt? vgl. Unterholzner Verjährungslehre §. 210. f) ob Wissenschaft des Eigenthümers der dienenden Sache? vgl. Unterholzner §. 212. Hasse im Rh. Mus. II.

L. 1. §. ult. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 1. 2. Cod. de serv. 3. 34. L. 12. in f. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. b) arg. cap. 20. X. de praescript. 2. 26. (§. 109.)

S. 400 fg. Vgl. überhaupt noch V. §. 351. P. §. 188. Unterholzner §. 187—216. Seuffert Erörtr. II. S. 60 fg. Hoffmann und Fuhr civilrtl. Verf. I. 1. Buss de servitutum quam vocant acquisitivam praescriptione. Friburg 1829.

2) Ueber den Beweis der Servitutenersitzung insbesondere vgl. noch Seckendorff im civ. Arch. IV. 11. Hasse a. a. O. S. 394. fg. Busch im civ. Arch. XXXI. 1. 12.

§. 190.

C. Kraft gesetzlicher Bestimmung.

Nur der Nießbrauch entsteht in einigen Fällen ipso iure kraft gesetzlicher Bestimmung (sog. ususfructus legalis); nämlich für den Vater an den bona adventitia der Kinder [a]), für den Parens, der eine andere Ehe eingeht, an den zu Gunsten der Kinder aus früherer Ehe verwirkten Gütern [b]), und in Folge der Ehescheidung für den unschuldigen Ehegatten an den von dem schuldigen Ehegatten verwirkten Gütern, deren Proprietät den Kindern zufällt [c]).

IV. Schutz der Dienstbarkeiten.

§. 191.

A. Schutz des Rechtes. *Confessoria in rem actio.*

Um das Recht der Dienstbarkeit geltend zu machen, ist eine dingliche Klage gegeben, confessoria in rem actio, vindicatio servitutis, ein Gegenstück der negatoria in rem actio [a]). Sie steht dem Servitutberechtigten zu [b]), also bei Grunddienstbarkeiten dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks [c]), von mehreren Miteigenthümern, wegen der Untheilbarkeit des Rechts, jedem einzelnen in solidum [d]), der Berechtigte möge im

---

a) Cod. de bon. mat. 6. 60. de bonis quae lib. 6. 61. b) L. 3. §. 1. L. 5. Cod. de secund. nupt. 5. 9. nov. 22. cap. 23—26. 46. §. 2. (§. 147.) c) L. 11. §. 1. 2. Cod. de repud. 5. 17. nov. 117. cap. 1. 2.

a) Dig. si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur. 7. 6. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. 8. 5. (§. 169). b) L. 5. pr. D. si ususfr. pet. c) L. 1. 2. §. 1. L. 6. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5. cf. L. 16. D. de serv. 8. 1. L. 3. §. 9. D. de op. n. n. 39. (§. 195.) d) L. 4. §. 3. L. 6. §. 4. si serv. vind. L. 1. §. 5. D. de arb. caed. 43. 27.

Besitze des Rechtes seyn oder nicht [e]), gegen jeden, welcher ihn in der Ausübung des Rechtes stört oder dieses bestreitet [f]), bei persönlichen Dienstbarkeiten vorzüglich gegen denjenigen, welcher dem Berechtigten wider sein Recht die Detention der Sache vorenthält [g]), doch auch gegen denjenigen, der sich nur eine partielle Anmaßung gegen dieselbe erlaubt, daher insbesondere gegen den, der den Berechtigten an der Ausübung einer dem dienenden Grundstück zustehenden Grunddienstbarkeit hindert [h]). Die Klage bezweckt zunächst Anerkennung des Servitutrechts, und in dieser Beziehung wirkt bei Grunddienstbarkeiten das von einem Miteigenthümer erstrittene günstige Urtheil zugleich zum Vortheil der übrigen [i]), wie andrerseits das ungünstige, im Fall gehörig geführten Rechtsstreites, auch gegen die übrigen wirkt [k]). Ist die Servitut während des Rechtstreites durch Nichtausübung verloren (§. 194. a. E.), so muß sie wiederhergestellt werden [l]). Außerdem muß die Verletzung aufgehoben und dem Kläger wegen des durch die verübte Störung erlittenen Nachtheils Ersatz geleistet [m]), bei persönlichen Dienstbarkeiten insbesondere die vorenthaltene Sache nebst den dem Kläger gebührenden Früchten, in ähnlicher Weise wie bei der Eigenthumsklage, herausgegeben [n]), fernere Störung aber, nach Umständen unter Auferlegung einer cautio de non amplius turbando, untersagt werden [o]). Bei der servitus oneris ferendi kommt zudem noch die Verbindlichkeit zur Instandhaltung der lasttragenden Mauer in Betracht [p]).

Uebrigens kann die confessoria in rem actio auch als quasi Publiciana actio, nach Analogie des §. 170., mit Erfolg

---

e) L. 6. §. 1. L. 8. §. 3. D. si serv. vind. L. 5. §. 6. D. si ususfr. pet. f) L. 4. §. 5. L. 10. §. 1. D. si serv. vind. 8. 5. (§. 169. Anm. 3.) g) L. 5. §. 5. 6. D. si ususfr. pet. L. 60. §. 1. D. de ususfr. 7. 1. h) L. 1. pr. D. si ususfr. pet. L. 1. §. 4. D. de remiss. 43. 25. i) L. 4. §. 3. D. si serv. vind. k) L. 19. D. eod. l) L. 5. §. 5. D. si ususfr. pet. L. 8. §. 4. D. si serv. vind. m) L. 4. §. 2. 3. L. 6. §. 6. eod. L. 5. Cod. de serv. 3. 34. n) L. 5. §. 3—6. D. si ususfr. pet. o) L. 7. D. si serv. vind. cf. L. 7. D. de aqua quot. 43. 20. J. R. A. §. 162. p) L. 6. §. 4—7. D si serv. vind.

angestellt werden [q]), sowohl von demjenigen, welchem ein nach §. 170. zur Publiciana in rem actio Berechtigter eine Servitut eingeräumt hat, als von demjenigen, welchem als redlichem Besitzer eines Grundstücks für dieses eine Servitut eingeräumt worden ist.

Anm. Die Publicianische Servitutenklage betreffend sagt L. 11. §. 1. D. cit. Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur, itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci, item rusticorum; nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat. Nach ihrem ursprünglichen Sinn hatte diese Stelle wahrscheinlich zunächst den Fall im Auge, wenn der wahre Eigenthümer ohne die nach älterm Recht erforderliche in iure cessio eine Servitut durch quasi traditio eingeräumt hatte, analog dem Fall der Veräußerung einer res mancipi durch bloße Tradition: arg. verb. *per domum suam*, worauf ohne Zweifel auch L. 1. §. 2. und L. 1. pr. cit. sich bezogen. In diesem Fall aber entsteht nun nach Justinianischem Recht eine vollkommene Servitut. Jetzt ist daher die Stelle auf die im Text bezeichneten Fälle zu deuten. Nun möchte man freilich sagen, es könne dabei nach Justinianischem Rechte auf die quasi traditio nicht ankommen, wenn schon durch bloßen Vertrag die Servitut entsteht (§. 188.), sowie nach §. 170. die Publiciana actio Besitz nicht erfordert, wo der Eigenthumserwerb nicht durch diesen bedingt ist. Allein ein Argument gegen die Richtigkeit jenes Satzes (V. S. 690.) kann man daraus, daß die Compilatoren diese Stelle als willkommene aufnahmen, um so weniger herleiten, als einestheils in der servitutis quasi traditio eine handgreifliche Einräumung der Servitut enthalten ist, und anderntheils bei der eigentlichen Publiciana actio Besitzerwerb als eine regelmäßige Voraussetzung denselben vorschwebte. Die herrschende Meinung nimmt übrigens keine Rücksicht darauf, ob der Einräumende publicianischer Besitzer oder etwa sogar malae fidei possessor war. Aber dagegen spricht nicht nur die Analogie des Pfandrechts: L. 18. 21. §. 1. D. de pign. 20. 1. und die Unanwendbarkeit der Fiction der Usucapio in directer Beziehung auf Servituten (§. 189. Anm. a.), sondern auch analog ein ähnliches Bedenken, als welches gegen die unbeschränkte Zulässigkeit der Publiciana actio für denjenigen, welcher ohne Besitzerwerb von einem Andern das Eigenthum erworben zu haben glaubt, geäußert worden ist von V. I. S. 595. Schmid I. S. 361. not. 22. — Von Puchta §. 186. 191., ferner wird angenommen, daß der bonae fidei possessor eines Grundstücks diesem eine Servitut ipso iure erwerben und nicht bloß Publicianam sondern directam confessoriam actionem anstellen könne; dies ist aber

---

q) L. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. cf. L. 1. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3. L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4.

durch keine Stelle belegt, und L. 11. §. 1. cit. spricht dagegen: arg. verb. *per domum suam*, wornach der Mangel nicht in der Person des Quasitradenten, sondern in der des Erwerbers zu suchen ist.

§. 192.

B. Schutz des Besitzes der Dienstbarkeiten.

Was den Besitz der Dienstbarkeiten betrifft, so finden

1) Für die persönlichen Dienstbarkeiten, deren Ausübung mit der Detention der Sache verbunden ist, die zum Schutz des Eigenthumsbesitzes bestehenden Interdicte analoge Anwendung, ein interdictum uti possidetis oder utrubi utile [a]) und ein interdictum de vi utile [b]), desgleichen das interdictum de precario [c]), wenn die Ausübung der Dienstbarkeit einem Andern auf Widerruf überlassen ist [1]).

2) Für einige Grunddienstbarkeiten sind besondere Interdicte aufgestellt, nämlich a) das interdictum de itinere actuque privato für Wegeservituten [d]), und zwar pertinens ad tuendas rusticas tantummodo servitutes [e]), voraussetzend daß das Recht innerhalb des letzten Jahres vor Anstellung der Klage (im Fall besonderer Hinderungen innerhalb des vorletzten) wenigstens an dreißig Tagen [2]) ausgeübt worden sey, nec vi nec clam nec precario ab adversario. Daneben besteht noch ein besonderes interdictum de itinere reficiendo, wobei aber zugleich das Recht der Servitut nachzuweisen ist [f]). b) interdictum de aqua für das Recht der Wasserleitung [g]), es bestehe zum Vortheil eines praedium rusticum oder urbanum [h]), voraussetzend wenigstens einmalige Ausübung des Rechts im letzten Jahr [i]), wenn die Wasserleitung in jeder Jahreszeit benutzt zu werden pflegt (aqua quotidiana), oder in den zwei letzten Sommerhalbjahren, dasjenige, in welchem die Klage angestellt wird, mitgerechnet [k]), wenn nur im Sommer (aqua aestiva), oder ebenso in den zwei

---

a) L. 4. D. uti possid. 43. 17. b) L. 3. §. 13—17. L. 9. §. 1. L. 10. D. de vi. 43. 16. cf. fragm. Vat. §. 90. 91. c) arg. L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 2. D. de precario. 43. 26. d) Dig. de itinere actuque privato. 43. 19. e) L. 1. §. 1. D. l. c. f) L. 3. §. 11. — L. 5. D. l. c. g) Dig. de aqua quotidiana et aestiva. 43. 20. h) L. 1. §. 11. 13. 14. D. l. c. i) L. 1. pr. §. 4. 22. D. l. c. k) L. 1. §. 29—36. L. 6. D. l. c.

letzten Winterhalbjahren, wenn nur in dieser Jahreszeit das Wasser benutzt wird [l]), und zwar Ausübung in gutem Glauben [m]) und nec vi nec clam nec precario [n]). Daneben ebenfalls ein interdictum wegen Ausbesserung, de rivis, unter denselben Voraussetzungen, ohne Beweis des Rechts [o]). Machen Mehrere Anspruch auf dieselbe Wasserleitung (rivales), so findet unter ihnen duplex interdictum de aqua statt [p]). c) interdictum de fonte, für das Recht des Wasserschöpfens, unter gleichen Voraussetzungen wie das int. de aqua [q]), desgleichen ein interdictum de fonte reficiendo [r]). d) interdictum de cloacis (privatis), welches zwar nur auf Gestattung der Reinigung und Ausbesserung eines bestehenden Abzugcanals geht, ohne weitere Voraussetzungen [s]), eben dadurch aber zugleich Schutz im Besitze des Rechts gewährt [3]). Bei diesem, wie bei den andern Interdicten auf Ausbesserung, muß übrigens dem Besitzer des dienenden Grundstücks wegen der für denselben zu befürchtenden Beschädigung Caution geleistet werden [t]).

3) Der Besitz derjenigen Dienstbarkeiten, deren Ausübung im Daseyn einer bleibenden Vorrichtung an dem herrschenden Grundstück besteht, also in der Regel der Besitz der affirmativen Gebäudedienstbarkeiten, ist durch das interdictum uti possidetis in Betreff des herrschenden Grundstücks geschützt [u]), dessen Besitz zugleich den Besitz jener Dienstbarkeiten in sich schließt [4]).

4) In Ansehung der übrigen Dienstbarkeiten ist die Statthaftigkeit eines Besitzschutzes nach römischem Recht nicht zu erweisen [5]); nach heutigem Recht aber wird derselbe, dem praktischen Bedürfniß entsprechend und mit Rücksicht auf die Grundsätze des canonischen Rechts über Spoliation, auch hier nicht versagt [6]).

Anm. 1) Die Anwendbarkeit des int. de precario wird bestritten von P. §. 239. not. b., da der Usufructuar zwar die Ausübung seines

l) L. 1. §. 35. D. l. c. m) L. 1. §. 10. 19. D. l. c. n) L. 1. §. 10. 20. D. l. c. o) Dig. de rivis. 43. 21. p) L. 1. §. 26. D. de aqua. 43. 20. q) Dig. de fonte. 43. 22. r) L. un. §. 6. D. l. c. s) Dig. de cloacis. 43. 23. t) L. 1. pr. D. l. c. L. 1. §. 9. D. de rivis. 43. 22. L. 3. §. 11. D. de aqua quot. 43. 20. u) L. 8. §. 5. D. si serv. vind. 8. 5. L. 3. §. 5—7. D. uti possid. 43. 17. cf. L. 5. §. 10. D. de op. n. n. 39. 1.

Rechts precario überlassen, aber nicht den juristischen Besitz des Rechts, weil auch nicht das Recht selbst, übertragen könne; aber wesentliche Voraussetzung dieses Interdicts ist nur Entziehung des juristischen Besitzes nach precario eingeräumtem habere. Savigny Rt des Besitzes, S. 583.

2) L. 1. §. 2. D. de itin. Sive igitur habuit ius viae sive non habuit, in ea conditione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, *si modo anno usus est vel modico tempore, id est, non minus quam triginta diebus.* cf. L. 1. §. 12. eod. „*supradicto tempore anni.*" Man hat den Schluß der L. 1. §. 2. cit. erklären wollen: „im letzten Jahre wenigstens während eines mäßigen Zeitraums, also mindestens während dreißig Tagen" (Althof, das int. de itinere actuque priv. Rinteln 1836. W. §. 355. S. 715.), als hieße es: *triginta dierum* (P. §. 139. not. o.); „also 29 Tage hintereinander wären unzureichend, 2 Tage aber, die 3 Monate auseinander lägen, hinreichend." Sav. S. 197. not. 2.

3) Eine ausführliche Erörterung über dieses Interdict, sowie über das de cloacis publicis, gibt Schmidt (von Ilmenau) in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XV. 3.

4) Bestritten wird dies u. a. von W. §. 355. S. 716—720. vgl. oben §. 171. Anm. 2. Aber wenn als Gegenbeweis L. 3. §. 5. D. uti possid. angeführt wird, so gibt dagegen sofort §. 6. ibid. den Beweis: Labeo quoque scribit: ex aedibus meis in aedes tuas proiectum habeo; interdicis mecum, *si eum* (sic: *uti*) *locum possideamus, qui proiecto tegetur:* An (vielleicht *At?*) quo facilius possim retinere possessionem eius proiectionis, interdico tecum sic: *uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectum est?* welche Frage nach dem folgenden §. 7. als bejaht anzusehen ist. Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XI. S. 348. fg. Eine Ausnahme: L. 1. pr. D. uti possidetis....„*De cloacis hoc interdictum non dabo.*" Vgl. not. s. Sav. a. a. O. S. 605—608. Dieser nimmt dieselbe Regel auch für negative Servituten an, ebenso u. a. P. §. 139. not. g.; aber dagegen spricht L. 5. §. 10. D. de op. n. n. „si *in suo* quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria." Rudorff a. a. O. S. 352. und Anm. zu P. §. 396. not. d. Vgl. auch Bruns Rt des Besitzes S. 90. fg.

5) Viele halten allgemein das interdictum uti possidetis für anwendbar, arg. L. 20. D. de serv. 8. 1. Quoties via aut aliquod ius fundi emeretur .... ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse, *ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.* M. §. 293. not. 14—17. Dagegen Sav. und Bruns a. a. O., vgl. jedoch Anm. 4. a. E.

6) Sav. S. 631. Vgl. P. §. 139. a. E. „Vielmehr sind (statt der sog. actio spolii) jene besondern Interdicte analog anzuwenden, bei solchen, deren Ausübung in bloßen Handlungen besteht, die Grundsätze vom interdictum de itinere, bei solchen, deren Ausübung nicht ohne

eine besondere umständlichere Vorrichtung möglich ist, die von dem interdictum de aqua und den übrigen." Aber für manche s. p. r., z. B. s. arenae fodiendae, lapidis eximendi u. dgl. möchte die Analogie des int. de itinere mit seiner festen Zeitbeschränkung nicht wohl passen. Daher fordern Andre allgemein nur Besitz und Ausübung im letzten Jahre. Seuffert §. 418. a. E. Dagegen wird aller Besitzesschutz der Servituten, außer in den Fällen num. 1. und 2., auch jetzt noch verworfen von V. §. 355.

V. Aufhebung der Dienstbarkeiten [a]).

§. 193.

A. Durch den Willen des Berechtigten.

Durch Verzichtleistung des Berechtigten kann jede Dienstbarkeit (der Nießbrauch auch theilweise) aufgehoben und so die Freiheit des Eigenthums hergestellt werden. Sie geschieht, wie die Bestellung, durch einfachen Vertrag [b]), auch stillschweigend, z. B. wenn der Nutznießer ohne Vorbehalt in die Veräußerung der dienenden Sache einwilligt [c]), oder wenn der Servitutberechtigte eine Aenderung an der dienenden Sache gestattet, welche die fernere Ausübung des Rechts hindert [d]). Bei Grunddienstbarkeiten ist Einwilligung aller Miteigenthümer des berechtigten Grundstücks erforderlich [e]). Auch durch Vermächtniß kann dem Eigenthümer der dienenden Sache die Freiheit von der Servitut gewährt werden [f]). Die Einräumung des Servitutrechts an einen Andern, als den Eigenthümer der dienenden Sache, ist ganz ohne Wirkung [g]).

Anm. 1) §. 3. J. cit. . . . Item finitur ususfructus, si domino proprietatis cedatur (nam cedendo extraneo nihil agit). Gai. II. 30. Ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilominus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi. — Nach älterm Recht war zu vollkommener Aufhebung der Servituten durch Vertrag in iure cessio, deren Form als eine scheinbare vindicatio libertatis rei zu denken ist, erforderlich (oder bei s. p.

a) Dig. quibus modis ususfructus vel usus amittitur. 7. 4. quemadmodum servitutes admittuntur. 8. 6. b) §. 3. J. de usufr. 2. 4. L. 14. §. 1. D. de serv. 8. 1. c) L. 4. §. 12. D. de doli mali exc. 44. 4. d) L. 8. pr. D. h. t. 8. 6. e) L. 34. pr. D. de s. p. r. 8. 3. (§. 183. not. u.) f) L. 86. §. 4. D. de legat. I. g) §. 3. J. l. c.

r. als res mancipi, remancipatio), Gai. l. c. Paul. III. 6. §. 30.; aber der bloße Vertrag gewährte ohne Zweifel Exceptionsschutz gegen fernere Ausübung des Rechts, arg. L. 4. D. de serv. 8. 1., welches dann non utendo ganz verloren ging; daher auch exceptio doli in L. 4. §. 12. cit. (not. c.). Im Justinianischen Recht ist auch hier wie bei der Bestellung an die Stelle der in iure cessio ein einfaches cedere getreten. Was nun aber die Wirkung solcher Cessio an einen Extraneus betrifft, so scheint mit §. 3. J. cit. im Widerspruch zu stehen L. 66. D. de iure dotium. 23. 3. Si ususfructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri, quoniam diximus, usumfructu a fructuario cedi (ursprünglich: *in iure cedi*) non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Ueber die verschiedenen Erklärungsversuche vgl. Puggé im Rh. Mus. I. S. 145. fg., V. §. 344. Anm. 3., Löhr in Linde's Ztschr. XIII. 7., Dernburg das. n. F. II. 2., Arndts das. VII. 10.

2) Eine Aufhebung der Servituten durch Dereliction, wie Manche behaupten (P. §. 190. not. k.), gibt es nicht. Nach L. 64. 65. pr. D. de usufr. 7. 1. kann zwar der Usufructuar durch Aufgeben des Usus-fructus auch wider Willen des Eigenthümers für die Zukunft den für ihn daraus hervorgehenden Verbindlichkeiten sich entziehen, aber aus der einseitig erklärten nicht acceptirten Verzichtleistung erwirbt der Eigenthümer kein Recht, so lange die Servitut nicht durch Nichtgebrauch erloschen ist. Fritz Erläutr. I. S. 386. fg. Sint. §. 66. not. 12.

§. 194.

B. Aus andern Gründen.

Ohne Rücksicht auf den Willen des Berechtigten werden die Dienstbarkeiten vorerst aus den allen dinglichen Rechten gemeinschaftlichen Gründen aufgehoben (§. 127. 128.), wobei nur zu bemerken ist, daß mit dem Untergang der Sache [a]) in Ansehung der persönlichen Dienstbarkeiten auch schon eine gänzliche Veränderung der dienenden Sache gleiche Wirkung hat [b]). Sodann erlöschen dieselben, wie alle Rechte an einer fremden Sache, nothwendig durch Confusion, d. i. durch Vereinigung des Servitutrechts und des Eigenthums in einer Person [c]),

a) L. 23. 24. D. h. 7. 4. L. 17. pr. D. de usufr. 7. 1. cf. L. 20. §. 2. D. de s. p. u. 8. 2. b) L. 5. §. 2. — L. 12. D. h. t. 7. 4. L. 36. 71. D. de usufr. 7. 1. cf. Pauli sentt. III. 6. §. 31. c) L. 1. D. h. t. 8. 6. cf. *α*) L. 8. §. 1. D. de serv. 8. 1. *β*) L. 18. eod. L. 9. D. comm. praed. 8. 4.

beim Nießbrauch insbesondere Consolidatio genannt[d]). Außerdem werden dieselben noch aufgehoben 1) durch den Untergang des berechtigten Subjects, d. i. bei persönlichen Dienstbarkeiten durch den Tod der Person[e]), bei Grunddienstbarkeiten durch den Untergang des berechtigten Grundstücks[f]); 2) durch den Eintritt eines Endtermins, bis zu welchem die Servitut bestellt ist, und zwar persönliche Dienstbarkeiten ipso iure[g]), Grunddienstbarkeiten jedoch nur ope exceptionis[h]); 3) durch Nichtausübung, non utendo, per longum tempus, d. h. für Anwesende in zehn, für Abwesende in zwanzig Jahren[i]), ohne Unterschied zwischen Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Sachen, jedoch, wenn das Recht nur in Zwischenräumen von einem Monat oder mehr ausgeübt werden konnte, immer erst in zwanzig Jahren[k]). Zur Unterbrechung dieser Verjährung genügt bei persönlichen Dienstbarkeiten jede Ausübung des Rechts, nicht nur durch den Berechtigten selbst, sondern auch, soweit eine Ueberlassung der Ausübung an Andere möglich ist, durch eine Mittelsperson, und sofern jener für die überlassene Ausübung eine Vergütung empfangen hat, ist selbst die Nichtausübung von Seiten der Mittelsperson unschädlich[l]). Bei Grunddienstbarkeiten dagegen wird die Verjährung durch jede für das herrschende Grundstück, wenn auch nicht im Namen des Eigenthümers, vorgenommene (vollständige oder unvollständige) Ausübung unterbrochen[m]). In Ansehung derjenigen Grunddienstbarkeiten jedoch, deren Ausübung in einem gewissen dauernden Zustande besteht, affirmativen oder negativen, ist die bloße Nichtausübung allein zur Verjährung nicht hinreichend, sondern es wird auch Ersitzung der Freiheit des Eigenthums (usucapio libertatis) von der andern Seite vorausgesetzt,

---

[d]) §. 3. J. de usufr. 2. 4. L. 78. §. 2. D. de iure dot. 23. 3. [e]) §. 3. J. l. c. cf. L. 56. D. de usufr. 7. 1. [f]) cf. L. 3. D. h. t. 8. 6. [g]) L. 15. D. h. t. 7. 4. L. 5. Cod. de usufr. 3. 33. [h]) L. 4. D. de serv. 8. 1. [i]) L. 16. pr. §. 1. Cod. de usufr. 3. 33. L. 13. Cod. de serv. 3. 34. cf. L. 4. §. 27. D. de usurp. 41. 3. [k]) L. 14. Cod. l. c. L. 7. D. h. t. 8. 6. [l]) L. 12. §. 2. L. 38—40. D. de usufr. 7. 1. [m]) L. 5. 6. pr. §. 1. L. 8. §. 1. L. 9. L. 20—25. D. h. t. 8. 6. cf. L. 11. pr. eod. L. 10. §. 1. L. 17. 18. pr. §. 1. eod.

und diese erfordert, daß das dienende Grundstück die Verjährungszeit hindurch in servitutfreiem Zustande besessen worden sey [n]).

Anm. 1) Dauer des Nießbrauchs juristischer Personen: L. 56. in f. cit. . . . Et placuit, centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est. — Verlust der Ususfructus und Usus (nicht auch der habitatio und operae: L. 10. D. de cap. min. 4. 5. L. 1. 2. D. de operis. 7. 7.) durch capitis deminutio, nach älterm Rechte durch jede, nach Justinianischem Recht nur mehr durch maxima und media cap. dem.; L. 16. §. 2. Cod. de usufr. 3. 33. §. 3. J. cit. cf. Pauli sentt. III. 6. §. 9.; jetzt unpraktisch: §. 28 — Bestellung persönlicher Servituten für die Erben: L. 5. pr. D. h. t. 7. 4. L. 38. §. 12. D. de V. O. 45. 1. L. 14. Cod. de usufr. 3. 33. Uebergang der Operä auf die Erben? L. 2. D. de usu leg. 33. 2. Besondere Bestimmung in Betreff des dem Vater durch das Kind erworbenen Nießbrauchs: L. 17. Cod. l. c.

2) L. 16. §. 1. Cod. cit. . . . Sed nos hoc decidentes sancimus, non solum actionem, quae de usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere, nisi tantummodo morte usufructuarii et ipsius rei interitu; sed usumfructum, quem sibi aliquis acquisivit, hunc habeat dum vivit intactum . . . . nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. (Just. a. 530.) — L. 13. Cod. cit. Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, explosis differentiis. §. 3. J. de usufr. Finitur autem ususfructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus, quae omnia nostra statuit constitutio. Ueber das ältere Recht vgl. Pauli sentt. I. 17. III. 6. §. 30. L. 4. §. 27. cit., wo *per longum tempus* interpolirt ist für *biennio*. Gegen die falsche Meinung, als ob jetzt, nach L. un. Cod. de usucap. transform. v. J. 531., der Nießbrauch an beweglichen Sachen in 3 Jahren erlösche: Unterholzner Verjährungslehre §. 223. — Der Nießbrauch kann non utendo auch theilweise erlöschen. L. 14. 20. 25. D. h. t. 7. 4. — Ausgeschlossen ist diese Endigungsart bei dem iter ad sepulcrum, L. 4. D. h. t. 8. 6.,

---

n) L. 4. §. 29. D. de usucap. 41. 3. L. 6. 7. 32. pr. D. de s. p. u. 8. 2. L. 18. §. 2. D. h. t. 8. 6.

bei habitatio und operae, L. 10. pr. D. de usu. 7. 8. L. 2. D. de usu. leg. 33. 2., unanwendbar auf den ususfructus alternis annis datus. L. 28. D. h. t. 7. 4. L. 13. D. de usu leg. 33. 2. cf. not. k. Die Bestimmung dieser Note wollen übrigens Manche auf alle nur in Zwischenräumen von mehr als einem Tage auszuübenden Servituten ausdehnen: arg. L. 7. D. cit. Itaque et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore (ursprünglich: *biennio*) amittitur; idem et de itinere custoditur; si vero alternis diebus, aut die toto aut tantum nocte, statuto legibus tempore (*biennio*) amittitur, quia una servitus est. Nam et si alternis horis vel una hora quotidie aquam habeat, Servius scribit, perdere eum non utendo servitutem, quia id, quod habet, quotidianum sit. Die L. 14. Cod. cit. betrifft den Fall, wenn Jemand uno tantummodo die per quinquennium iter habet.

3) Ueber die usucapio libertatis vgl. L. 6. D. de s. p. u. Haec autem iura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita si vicinus simul libertatem usucapiat, veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum. si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum (*meum*) permanet. L. 32. §. 1. eod. Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur. Quare si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est, is autem, qui postea aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. Natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet. — L. 18. §. 2. D. h. t. Si, cum ius haberes immittendi, vicinus statuto tempore aedificatum non habuerit, ideoque nec tu immittere poteris, non ideo magis servitutem amittes, quia non potest videri usucepisse vicinus libertatem aedium suarum, qui ius tuum non interpellavit. — Streitfrage: ob nach L. 16. Cod. de usufr. nicht auch bei dem Ususfructus usucapio libertatis erforderlich sey? ob nicht nach L. 13. Cod. de serv. bei allen Dienstbarkeiten? oder ob sie darnach für alle entbehrlich geworden? Vgl. Unterholzner §. 217—225. W. §. 357. P. Vorles. §. 190. — Daß usucapio libertatis bei allen Dienstbarkeiten, mit Ausnahme der Wegedienstbarkeiten, des Wasserleitungs- und Wasserschöpf-Rechts, erfordert werde, sucht auszuführen Zachariä, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae. Heidelb. 1844.

Viertes Capitel.

Von der Emphyteuse und Superficies.

§. 195.

Die Emphyteusis [a]) und Superficies [b]) sind dingliche Nutzungsrechte an unbeweglichen Sachen, welche theils durch ihren Umfang, indem sie die Befugniß vollständiger Benutzung und fast unbeschränkter Verfügung über die Sache gewähren, theils durch ihre Veräußerlichkeit und Vererblichkeit dem Eigenthum so nahe kommen, daß sie häufig für Arten eines beschränkten Eigenthums gehalten worden sind, welche aber in Wahrheit gleichwohl nur Rechte an einer fremden Sache sind [c]), von den Dienstbarkeiten dadurch verschieden, daß bei ihnen nicht die diesen eigenthümliche Beschränkung bezüglich des Subjects des Berechtigten stattfindet [1]). Sie haben ihren Ursprung darin, daß mit gewissen Verpachtungen und Vermiethungen [d]), zunächst durch das prätorische Edict, die Wirkung eines dinglichen Rechts verbunden wurde [2]), welches durch eine utilis rei petitio, analog der rei vindicatio des Eigenthümers, sowohl gegen den Eigenthümer selbst wie gegen jeden Dritten, geschützt ist [e]). Auch sind die Berechtigten, gleich dem Eigenthümer, befugt, die der Sache zustehenden Dienstbarkeiten durch utiles confessoriae actiones geltend zu machen [f]), sowie sie denn auch für die Sache Dienstbarkeiten erwerben, und an derselben, so weit ihr Recht sich erstreckt, Andern einräumen können [g]). Als dingliche Nutzungsrechte können auch die Emphyteusis und Superficies

---

a) Dig. si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur. 6. 3. Cod. de iure emphyteutico. 4. 66. b) Dig. de superficiebus. 43. 18. c) L. 1. §. 1. D. si ager vect. 6. 3. L. 3. §. 4. D. de reb. eor. 27. 9. L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. — L. 2. D. de superficieb. 43. 18. L. 86. §. 4. D. de legat. I. d) §. 3. J. de locat. cond. 3. 24. Gai. III. 145. — L. 1. §. 1. D. 2. D. de superfic. 43. 18. e) L. 1. §. 1. L. 3. D. si ager vect. 6. 3. — L. 1. pr. §. 1. 3. D. de superfic. 43. 18. L. 73. §. 1. — L. 75. D. de rei vind. 6. 1. f) L. 16. D. de serv. 8. 1. — L. 1. §. 9. D. de superfic. 43. 18. g) L. 1. §. 6. 9. D. l. c. L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4.

Gegenstand des Besitzes (iuris quasi possessio) seyn (§. 129.), welcher durch Erlangung des natürlichen Besitzes der Sache, mit der Absicht, das Recht der Emphyteuse oder Superficies daran auszuüben, erworben wird [3]). Uebrigens sind beide noch als praktische Institute des gemeinen Rechts anzuerkennen, wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß die Emphyteuse im römischen Sinn selten vorkommt, und deren Normen häufig unberechtigter Weise auf andre nur verwandte Rechtsverhältnisse angewendet worden sind [4]).

Anm. 1) Die ältere Ansicht von einem sog. dominium utile des Emphyteuta und Superficiar ist mit Erfolg widerlegt von Thibaut Vers. II. 3. (§. 134. Anm.), die Annahme eines wahren Eigenthums des Emphyteuta (Savigny Rt des Besitzes, 2. Ausg. S. 99.) von demselben, in civ. Abh. num. XI. Einen wesentlichen Unterschied der Emphyteuse und Superficies von den Servituten hat man darin finden wollen, daß bei jenen Eigenthumsbefugnisse nur der Ausübung, nicht dem Rechte nach, nicht als „ein eigenes Recht", einem Andern eingeräumt seyen. Büchel Erörtr. 2. Ausg. Bd. I. S. 304. fg. Vgl. dagegen Arndts, über die Natur des emphyteutischen Rechts in Linde's Ztschr. n. F. III. 7.

2) Ueber den Ursprung der Emphyteuse vgl. Vuy, de origine et natura iuris emphyteutici. Heidelb. 1838, Puchta Inst. II. §. 245.; über den Ursprung der Superficies: Rudorff in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XI. 7. — Für die Emphyteuse oder das Recht am ager vectigalis nimmt Büchel a. a. O. civilrechtlichen Ursprung an. Dagegen Arndts a. a. O. S. 280. fg.

3) Dem Besitzer der Superficies legen Manche, dem der Emphyteuse fast Alle (hauptsächlich wegen L. 15. §. 1. D. qui satisdare cog. 2. 8. „Sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur") juristischen Besitz der Sache selbst (corporis possessio) bei, wodurch denn ein selbständiger Rechtsschutz des Eigenthumsbesitzes ausgeschlossen seyn würde. Beides ist so ungegründet als praktisch unangemessen. Vgl. §. 135. Anm. 2. Dernburg Abh. S. 80. fg.

4) Die heutige Anwendbarkeit der Lehre von der Emphyteuse wird vielfach in Zweifel gezogen. P. §. 174. a. E. Sint. §. 55. Aber nicht nur ist die Möglichkeit der Begründung einer römischrechtlichen Emphyteuse durch Vertrag nach gemeinem Recht unzweifelhaft (ein Fall der Art aus jüngerer Zeit hat dem Spruchcollegium in Bonn vorgelegen), sondern es ist auch gewiß, daß namentlich kirchliche Emphyteusen aus älterer Zeit noch manche bis zu unserer Zeit fortbestanden haben. Auch französische Juristen halten sie noch für möglich: Toullier droit civil. III. §. 95. fg., und das französische Finanzministerium erklärte durch Decret vom 7. Frimaire des Jahres XIV. die in den Rheinischen Departements noch

bestehenden Emphyteusen, unter Hervorhebung einiger eigenthümlich römischer Bestimmungen, namentlich des Privationsrechts wegen dreijähriger Nichtzahlung des Canon (§. 199.), ausdrücklich für fortdauernd gültig. Daniels Hdb. der für d. k. preuß. Rheinprovinzen verkündigten Gesetze. Bd. IV. S. 613. 614. Die Kenntniß der römischrechtlichen Theorie ist übrigens schon deßhalb nothwendig, weil sie praktisch vielfachen Einfluß auf verwandte Verhältnisse ausgeübt hat.

I. Von der Emphyteusis insbesondere.

§. 196.

A. Begriff. Rechte des Emphyteuta.

Die Emphyteusis ist das dingliche, vererbliche und veräußerliche Recht an fremdem Grund und Boden auf vollständige eigenthumsgleiche Benutzung, nur mit der Beschränkung, daß die Sache nicht verschlechtert werde, und unter der Verpflichtung, an den Eigenthümer eine gewisse Abgabe (Canon) zu entrichten. Der Berechtigte heißt Emphyteuta oder Emphyteuticarius, der Eigenthümer dominus emphyteuseos, das Grundstück fundus (ager, praedium) emphyteuticus oder emphyteuticarius oder vectigalis. Man unterscheidet kirchliche und weltliche Emphyteusen, je nachdem das Eigenthum des Grundstücks zum Kirchengut gehört, oder dasselbe einen weltlichen Eigenthümer hat, sey es ein Privatmann, oder der Regent oder eine juristische Person [a]). Der Emphyteuta hat das Recht, die Sache nebst deren Accessionen vollständig, gleich dem Eigenthümer, zu nutzen [b]), und erwirbt die natürlichen Früchte derselben sofort durch deren Trennung von der Hauptsache [c]); er darf auch beliebige Aenderungen an dem Grundstück vornehmen, sofern es nur dadurch nicht verschlechtert wird [d]). Das Recht selbst kann er veräußern [e]), also auch durch Vermächtniß einem

---

a) L. 1. D. h. t. 6. 3. L. 1. Cod. h. t. 4. 66. L. 2. Cod. ne rei domin. 7. 38. cf. L. 1. 5. 7. 12. Cod. de fundis patrimonialibus. 11. 61. L. 5. Theod. Cod. de locatione fundorum iuris emphyteutici et rei publicae et templorum. 10. 3. b) §. 3. J. de locat. cond. 3. 24. L. 1. §. 1. D. h. t. 6. 3. c) L. 25. §. 1. D. de usuris. 22. 1. (§. 156.) d) Nov. 7. cap. 3. §. 2. Nov. 120. cap. 6. e) §. 3. J. cit. L. 1. Cod. de fundis patrimon. 11. 61. L. 3. §. 2. D. de reb. eor. 27. 9. cf. L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 13. §. 3. D. de pign. 20. 1. L. 31. eod. — §. 195. not. g.

Andern zuwenden [f]), und von selbst geht dasselbe auf die Erben des Emphyteuta über [g]); auch kann es, aus gleichen Gründen wie andre veräußerliche Vermögensgegenstände, wider Willen des Berechtigten auf einen Andern übertragen werden [h]). Zum Schutz seines Rechts hat der Emphyteuta eine utilis rei petitio, vectigalis actio genannt, gegen Jeden der ihm den Besitz des Grundstücks vorenthält [i]), auch als Publiciana actio dem redlichen Erwerber zuständig [k]), desgleichen auch utilis negatoria und confessoria in rem actio, nach Analogie des Eigenthümers [l]), und ebenso werden ihm gleich diesem auch andere Klagen eingeräumt, welche die Abwendung oder Aufhebung von Beeinträchtigungen des Grundstücks bezwecken [m]). Der Besitz der Emphyteuse aber ist in gleicher Weise wie der Eigenthumsbesitz durch Interdicte geschützt [n]). Auf den im emphyteutischen Grundstück gefundenen Schatz hat der Emphyteuta keinen Anspruch, es sey denn als Finder [o]). Eine Emphyteuse kann übrigens auch Mehrern gemeinschaftlich zustehen, soll aber nicht ohne Zustimmung des Eigenthümers reell unter diesen getheilt werden [p]).

Anm. 1) Neuere Bearbeitungen dieser Lehre: Arndts, die Emphyteuse, im Rtsler. III. S. 849—884. Schmid Hdb. II. §. 20—27. Vgl. §. 195. Anm. 1. 2.

2) Streitfrage: ob der Gegenstand der Emphyteuse ein praedium rusticum seyn müsse? oder auch ein praedium urbanum, ein Gebäude als Hauptsache, seyn könne? Nov. 7. cap. 3. nov. 120. cap. 1. §. 2. Vgl. Arndts a. a. O. S. 853. fg. Schmid not. 11.

f) L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. g) L. 10. D. fam. erc. 10. 2. L. 1. pr. D. h. t. nov. 120. cap. 6. §. 1. cf. cap. 1. 5. eod. nov. 7. cap. 3. h) L. 7. pr. D. comm. div. 10. 3. L. 15. §. 26. D. de damno inf. 39. 2. i) L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. L. 15. §. 26. cit. L. 66. pr. D. de evict. 21. 2. k) L. 12. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. l) L. 16. D. de serv. 8. 1. (§. 195. not. e. f.) m) L. 23. §. 1. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 5. §. 3. D. arb. furt. caes. 47. 7. cf. L. 3. §. 3. D. de op. n. n. 39. 1. L. 13. §. 8. D. de damno inf. 39. 2. L. 11. §. 14. D. quod vi. 43. 24. — L. 4. §. 9. D. fin. reg. 10. 1. n) arg. L. 3. §. 13—17. L. 9. §. 1. D. de vi. 43. 16. L. 4. D. uti possid. 43. 17. o) cf. L. 1. D. de loco publico fruendo. 43. 9. p) L. 7. pr. D. comm. div. 10. 3.

§. 197.

C. Verbindlichkeiten des Emphyteuta.

Der Emphyteuta ist verpflichtet 1) das emphyteutische Grundstück durch angemessene Cultur und Reparatur in gutem Stand zu erhalten und sonst alle auf demselben haftenden Lasten zu tragen [a]); 2) die festgesetzte Abgabe (Canon, pensio, vectigal) an den Eigenthümer zu gehöriger Zeit zu entrichten, ohne wegen zufälliger Verschlechterung oder theilweisen Untergangs des emphyteutischen Grundstücks, geschweige denn wegen Schmälerung des Fruchtertrags eines Jahres durch besondre Unglücksfälle einen Nachlaß davon begehren zu können [b]); 3) jede Veräußerung seines Rechts dem Eigenthümer zuvor anzuzeigen, und zwar bei beabsichtigtem Verkaufe mit Angabe der Verkaufsbedingungen; denn der Eigenthümer ist im letzten Falle berechtigt, innerhalb zwei Monaten unter gleichen Bedingungen selbst die Emphyteuse an sich zu kaufen (Vorkaufrecht), und muß überall um seine Zustimmung zu der beabsichtigten Veräußerung angegangen werden, die er wegen gegründeter Einwendung gegen die Person des neuen Emphyteuta versagen kann, für deren Ertheilung dagegen und die Annahme des neuen Emphyteuta, die innerhalb zwei Monaten nach empfangenem Gesuch durch eine schriftliche Urkunde oder durch Erklärung zu gerichtlichem Protokoll oder vor einem Notar erfolgen soll, demselben das sog. Laudemium (Handlohn, Lehnwaare) zu zahlen ist, bestehend in zwei Procent (quinquagesima pars) des Kaufpreises, oder, bei andern Veräußerungen, des durch Schätzung ausgemittelten Werthes der Emphyteuse [c]). Durch besondre Bestimmung können diese Verbindlichkeiten des Emphyteuta, sowie andrerseits die Rechte desselben, theilweise modificirt, erweitert oder beschränkt werden, aber die Verpflichtung zur Zahlung eines Canon ist wesentlich zum Daseyn des emphyteutischen Rechtsverhältnisses [d]).

Anm. In Betreff einzelner Punkte dieses §., namentlich über den Nachlaß am Canon (not. b.) und über die Vorschrift rücksichtlich der

---

a) L. 2. Cod. h. t. Nov. 7. cap. 3. §. 2. nov. 120. cap. 8. b) L. 1. Cod. h. t. §. 3. J. l. c. cf. L. 15. §. 4. D. locati. 19. 2. c) L. 3. Cod. h. t. d) §. 3. J. l. c. L. 1. 3. Cod. h. t.

Veräußerung gibt es manche Meinungsverschiedenheiten. Vgl. darüber Arndts a. a. O. S. 862—867. Schmid S. 30—39.

§. 198.

D. Entstehung der Emphyteuse.

Die Emphyteuse wird vorzüglich durch Vertrag mit dem Eigenthümer begründet. Dieser Vertrag, contractus emphyteuticarius genannt [a]), erzeugt zugleich ein obligatorisches Verhältniß, aus welchem für beide Theile die sog. emphyteuticaria in personam actio hervorgeht, und das dingliche Recht der Emphyteuse, welches durch die vectigalis in rem actio geschützt ist [b]). Er bedarf schriftlicher Abfassung bei Errichtung kirchlicher Emphyteusen [c]), bei andern nur zur Gültigkeit besonderer von der allgemeinen Regel des emphyteutischen Verhältnisses abweichender Verabredungen [d]). Außerdem kann das Recht der Emphyteuse auch durch Vermächtniß und durch Ersitzung, wenigstens durch dreißig- oder vierzigjährige, entstehen [e]).

Von der Entstehung der Emphyteuse ist der Erwerb einer bestehenden zu unterscheiden. Dieser kann sich, abgesehen von der Vererbung, auf eine gesetzliche Veräußerung von Seiten des bisherigen Emphyteuta oder in dessen Namen, also auch auf ein Vermächtniß, gründen, oder auch auf Ersitzung.

Anm. Auch hier ist Vieles streitig, namentlich 1) die Errichtung durch Vertrag betreffend: a) ob der Vertrag allein hinreiche oder auch Tradition erforderlich sey? b) ob der Vertrag nicht immer schriftlich abgefaßt seyn müsse? 2) ob durch Vermächtniß das dingliche Recht der Emphyteuse unmittelbar entstehen könne? 3) ob durch Ersitzung und durch welche Art derselben? und zwar a) wenn Jemand den Besitz der Emphyteuse bona fide durch Einräumung eines Nichteigenthümers erhalten? b) wenn der Eigenthümer die Emphyteuse factisch anerkannt und der Besitzer sich bona fide als Emphyteuta gerirt hat? c) wenn der Eigenthümer factisch als Emphyteuta einen Andern, der bona fide sich für den Eigenthümer hält, als solchen anerkannt hat? 4) ob der Erwerb einer bestehenden Emphyteuse durch Ersitzung möglich sey? Vgl. über die verschiedenen Meinungen Arndts a. a. O. S. 868—878. Schmid S. 6—16.

---

a) L. 1. Cod. h. t. (Zeno.) cf. §. 3. J. de locat. cond. 3. 24. b) L. 1. §. 1. D. h. t. 6. 3. c) Nov. 120. cap. 6. §. 2. d) L. 1. Cod. h. t. e) arg. L. 12. in f. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. L. 8. §. 1. Cod. de praescript. 30 vel 40 ann. 7. 39.

§. 199.

E. Aufhebung der Emphyteuse.

Das Recht der Emphyteuse wird aufgehoben 1) durch die allgemeinen Endigungsgründe aller dinglichen Rechte (§. 127. 128.) oder der iura in re aliena insbesondre, also namentlich durch Confusio oder Consolidatio (§. 194. not. c. d.); 2) durch Aufgeben des Rechts von Seiten des Berechtigten; 3) wenn die Emphyteuse mit einer Zeitbeschränkung bestellt war, durch Ablauf der Zeit; 4) durch den Tod des Emphyteuta, wenn derselbe keine Erben hinterläßt; 5) durch Verjährung, sey es, daß der Eigenthümer selbst das Gut die Ersitzungszeit hindurch in gutem Glauben als ein freies besessen habe, oder ein Dritter das volle Eigenthum des Gutes durch Ersitzung erwerbe; 6) durch Entsetzung des Emphyteuta, Privation, wegen Verletzung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten. Diese aber kann stattfinden a) wegen erheblicher Verschlechterung des emphyteutischen Gutes [a]), b) wegen dreijähriger, bei kirchlichen Emphyteusen wegen zweijähriger ungerechtfertigter Nichtzahlung des Canon [b]), desgleichen c) wegen dreijähriger Nichtentrichtung der auf dem Gute haftenden Abgaben [c]), d) wegen Verletzung der gesetzlichen Vorschriften in Betreff der Veräußerung [d]). Aus diesen Gründen kann der Eigenthümer auf Entsetzung des Emphyteuta klagen (sog. Privationsklage), wenn er nicht gleichwohl in die Fortdauer des emphyteutischen Verhältnisses, ausdrücklich oder stillschweigend, eingewilligt hat. Macht der Eigenthümer von seinem Rechte Gebrauch, so ist die Emphyteusis als vom Eintritt des Privationsgrundes an erloschen zu behandeln; die bis dahin bereits begründeten Ansprüche, namentlich auf Zahlung des rückständigen Canons und auf Ersatz wegen Verschlechterung kann jener nichtsdestoweniger, wie in andern Fällen der Erlöschung, noch geltend machen. Die Früchte gebühren von Zeit der Erlöschung an dem Eigenthümer.

Anm. Streitig ist u. a. a) ob der Emphyteuta auch wider Willen des Eigenthümers durch Dereliction von dem emphyteutischen Rechts=

---

a) Nov. 120. cap. 8. b) L. 2. Cod. h. t. nov. 7. cap. 3. §. 2. nov. 120. cap. 8. c) L. 2. Cod. h. t. nov. 7. l. c. cf. cap. 4. X. de locat. cond. 3. 18. d) L. 3. Cod. h. t. §. 197. num. 3.

verhältniß sich lossagen könne? Für die bejahende Meinung: Arndts a. a. O. S. 878 fg. Schmid S. 43. not. 9. Aber auch hier, wie beim Usufructus, ist zu behaupten, daß durch die Dereliction das Recht noch nicht verloren gehe, so lange der Eigenthümer den Verzicht nicht angenommen hat. (Besondere Bestimmung für kaiserliche Patrimonialgüter: L. 3. 7. Cod. de fund. patrimon. 11. 61.) b) wie fern durch Verjährung die Emphyteuse erlösche? Arndts S. 879 fg. Schmid S. 43—45. c) wann und wie fern der Eigenthümer nach Erlöschung der Emphyteuse Ersatz für die Verbesserungen zu leisten habe? Jedenfalls nicht im Falle der Privation: L. 2. Cod. h. t. nov. 120. cap. 8. Vgl. übrigens Arndts S. 883. Schmid S. 30. not. 1.

§. 200.

II. Von der Superficies.

Die Superficies ist ein vererbliches und veräußerliches dingliches Recht auf vollständige eigenthumsgleiche Benutzung eines auf fremdem Boden bestehenden, daher auch in fremdem Eigenthum befindlichen Gebäudes [a]) oder auch eines bestimmten Theils, z. B. eines Stockwerks, eines solchen Gebäudes [b]). Dasselbe kann durch Vertrag [c]) oder durch Vermächtniß [d]) eingeräumt werden, auch an einem erst zu errichtenden Gebäude, indem der Boden zu diesem Zwecke vorbehaltlich des Eigenthums überlassen wird [e]). Der Vertrag kann Schenkung, Kauf, Tausch u. dgl., oder auch Miethe (auf immer oder auf lange Zeit) seyn [f]). Aber auch Erwerb durch Ersitzung ist hier in analoger Weise wie bei der Emphyteuse anzunehmen. Der Superficiar hat, gleich dem Emphyteuta, freie Verfügung über den Gegenstand seines Rechts, d. i. das Gebäude, so wie über das Recht selbst [g]), und zwar ohne die Beschränkungen, welchen der Emphyteuta nach §. 197. in dieser Beziehung unterworfen ist. Er ist dagegen auch verpflichtet, die auf der Sache haftenden Abgaben zu entrichten [h]). Ob er außerdem noch zu einer

---

a) Dig. de superficiebus 43. 18. L. 86. §. 4. D. de legat. I. L. 19. pr. D. De damno inf. 39. 2. cf. L 49. D. de V. S. b) L. 3. §. 7. D. uti possid. 43. 17. c) L. 1. §. 1. D. h. t. d) arg. L. 86. §. 4. cit. e) L. 2. D. h. t. f) L. 1. §. 3. D. h. t. g) L. 1. pr. §. 6. 7. 9. D. h. t. L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 13. §. 3. D. de pign. 20. 1. — L. 10. D. fam. erc. 10. 2. h) arg. L. 1. §. 6. D. h. t. L. 7. §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 39. §. 5. D. de legat. I. L. 9. §. 4. D. de damno inf. 39. 2.

Leistung, insbesondere zur Zahlung eines Bodenzinses, solarium, pensio[i]), verbindlich sey, hängt von dem Inhalt des die Superficies begründenden Rechtsgeschäftes ab. Zur Geltendmachung seines Rechts hat er utilis rei vindicatio[k]), auch negatoria und confessoria in rem actio, beziehungsweise Publiciana actio[l]), und andre dem Eigenthümer zustehende Klagen[m]). Zum Schutz des Rechtsbesitzes besteht, außer den auch hier anwendbaren recuperatorischen Interdicten[n]), ein eigenes interdictum de superficiebus, analog dem interdictum uti possidetis[o]). Geendigt wird das Recht der Superficies aus gleichen Gründen, wie die Emphyteuse nach §. 199. 1—5. Ist der Superficiar zur Zahlung eines Grundzinses verpflichtet, so kann der Eigenthümer, wie bei andern Miethverträgen, wegen zweijährigen Rückstandes Entsetzung des Superficiars verlangen[p]), und hat jedenfalls vor allen Gläubigern desselben Anspruch auf Befriedigung seiner Forderung aus dem Werthe der Superficies[q]).

Anm. Manche nehmen ein Recht der Superficies nicht bloß an Gebäuden, sondern auch an andern mit dem Boden zusammenhängenden Gegenständen an, z. B. einer Waldung. arg. L. 13. pr. D. de s. p. r. 8. 3. Vgl. dagegen Schmid S. 61. not. 11.; über die ganze Lehre denselben §. 25—28. S. 57—85. vgl. oben §. 195. Anm. 2.

---

i) L. 15. D. qui pot. 20. 4. cf. L. 2. §. 17. D. ne quid in loco publ. 43. 8. L. 74. D. de rei vind. 6. 1. k) L. 1. §. 3. 6. D. h. t. L. 73—75. D. de rei vind. 6. 1. l) L. 12. §. 3. D. de Publ. act. 6. 2. m) L. 3. §. 3. D. de op. n. n. 39. 1. L. 13. §. 8. L. 39. §. 1. D. de damno inf. 39. 2. L. 11. §. 14. D. quod vi. 43. 24. n) L. 1. §. 3. D. de vi 43. 16. o) L. 1. pr. §. 1. 2. D. h. t. cf. L. 3. §. 7. D. uti possid. 43. 17. p) L. 54. §. 1. L. 56. D. locati. 19. 2. q) L. 15. D. qui pot. 20. 4.